الفضالة فى الفقه الإسلامى

دكتور

أحمد محمود كريمه

جامعة الأزهر - القاهرة

كلية الدراسات الإسلامية والعربية

للبنين - القاهرة

دار الاتحاد التعاونى للطباعة

ت : ٢٩٥٦٨١٠

١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية
٩٨ / ١٦١٧٣
٩٨/١١/٢٦
الترقيم الدولى .I.S.B.N
977 - 224 - 066 - 1

بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحية

الحمد لله ربّ العالمين ، أحمده حمد من أقر بنعمائه ، ورضى بقدره وقضائه ، والصلاة والسلام على عبده ومصطفاه سيدنا محمد بن عبد الله خير مبعوث لخير أمة أخرجت للناس ، ورضى الله - تعالى - عن آله وأصحابه وأحبابه وأتباعه إلى يوم الدين .

وبعد

فمن المعلوم لذى بصر وبصيرة أنّ الشريعة الإسلامية تضمنت المبادئ السامية ، التى امتازت بملاءمتها لكل عصر وجيل ، وشعب وقبيل ، واشتملت على الأحكام الكثيرة التى تكفل للناس الصلاح والفلاح والنجاح ، وتحقق لهم العدل والرحمة ، والخير والبر ، والرفق واليسر .

ومن تلكم المبادئ والأحكام «المعاملات» على اختلاف أنماطها وتنوع صورها ، والمعاملات بوجه عام كثيرة متعددة ، متنوعة متشابكة ، وقد تناولها فقهاء الأمة بالإبانة والإفهام ، وأولوها عناية فائقة ، ونصوا على أن من يريد الاشتغال بالتجارة يجب عليه معرفة أحكامها ، كى يكون على بينة من حلالها وحرامها ، ، وصحيحها وفاسدها ، وطيبها وخبيثها [١] ، بل ويجب عليه - كذلك - تعلم ما يحتاج إليه وفق نوع عمله تعلما وافيا ، ثم بعد أن يتعلم يستحب له أن يتولى أمور عمله بنفسه إن قدر ، وإن عاقه عائق إستناب من له علم بالأحكام فى ذلك ، ولا يتكل على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها ويتساهل فى العمل بمقتضاها [٢].

---

(١) المجموع للنووى ٩/ ١٥٤ .

(٢) مواهب الجليل ٤/ ٢٢١ .

ومن المبادئ المتصلة بالمعاملات مبدأ «الرضائية» الذى ترتكز عليه صحة ونفاذا ، إمضاء وإلزاما ، ومما يتصل به ويتفرع عنه أمر له قدره وخطره ، ألا وهو «تصرفات الفضولى» الذى تعددت النظرة إليه صحة أو بطلانا ، إجازة أو رفضا ، فى الجملة أو على التفصيل .

ومن باب المساهمة المتواضعة فى خدمة هذا الجانب من العلم كتبت بحثا أسميته «الفضالة فى الفقه الإسلامى» تناولت مساءله وقضاياه بدراسة فقهية مقارنة .

خطة البحث :

تشتمل خطة البحث على إفتتاحية وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة .

- **الإفتتاحية** : وتتضمن أسباب ومنهج وخطة البحث .
- **التمهيد** : ويتكون من :

١ ـ التصرفات الشرعية وأنواعها .

٢ ـ حقيقة الفضالة .

- **الفصل الأول** : (محل الفضالة القولية والفعلية) وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول : «عقود المعاوضات» وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : عقد البيع .

المطلب الثانى : الشراء .

المطلب الثالث : الإجارة .

المبحث الثانى : رفض الإجارة وآثارها .

● **الخاتمة : وتشتمل عل :**

١ ـ النتائج والتوصيات .

٢ ـ ثبت المراجع .

٣ ـ الفهرست .

● **هذا والمنهج الذى سرت عليه :**

أ ـ ذكر ما اتفق عليه الفقهاء فى المسألة إن كان هناك اتفاق ، وسنده ما أمكننى إلى ذلك سبيلا .

ب ـ تحرير محل الخلاف بين الفقهاء فى المسألة وذكر عدد المذاهب فيها حسب اتفاقهم أو اختلافهم .

جـ ـ جمع أصحاب كل رأى فى مذهب واحد مع ذكر أصحاب هذه الأراء .

د ـ بيان سبب الخلاف ـ قدر الإمكان وإن وجد .

هـ ـ ذكر الأدلة لكل مذهب ، ومناقشتها إن وجدت لها مناقشة أو امكن لها مناقشة ، واتباع ذلك بما يمكن الإجابة عليه عن هذه المناقشات .

و ـ اختيار الرأى الراجح لقوة دليله ، وتحقيقه مصلحة أو دفعه مفسدة .

● وقد اقتصرت على المذاهب الأربعة المشهورة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) وقد أذكر الظاهرية وبعض أئمة أهل العلم فى بعض إن كان لهم رأى فيها .

● استقيت المادة العلمية من المصنفات التراثية المعتمدة ، وقد أذكر المعاصرة أحياناً .

● وإنى لأضرع إلى الله - تعالى - أن يرزقنا نوراً نمشى به فى الظلمات ، ويهب لنا فرقانا نميز به بين المتشابهات ، ويوفقنا لإحراز الأجرين :

أجر الاجتهاد ، وأجر إصابة الحق .

اللهم اغفر لنا ما زل به الفكر أو القلم ولا تكلنا إلى أنفسنا طرفة عليه ولا أقل من ذلك . «أمين» .

العياط فى : ربيع الأول سنة ١٤١٩ هـ

يوليو سنة ١٩٩٨ م

خادم الشريعة الإسلامية

الشيخ الدكتور / أحمد محمود كريمه

قسم الشريعة الإسلامية

كلية الدراسات الإسلامية والعربية

- بنين - جامعة الأزهر - القاهرة

تمهيد

« بين يدى البحث »

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

التصرفات الشرعية وأنواعها

لما كان محل الفضالة ـ أو نطاق تصرفات الفضولى ـ فى الفقه الإسلامى :

«التصرفات الشرعية» فيحسن بنا ذكرها إجمالا .

أولاً : حقيقة التصرف الشرعى إصطلاحاً :

ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج [١].

التوضيح : « ما يصدر عن الشخص » يراد به الصدور الشرعى المعتبر من كون الشخص مميزاً يدرك ما يقول ويعيه حقا ، عارفا بما يفعل ليكون صدوره هذا معبراً عن حقيقة إرادته ، سواء كان ذلك فى صالح ذلك الشخص أم لا ، فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والإقرار بحق ، والأفعال كإحراز المباحات والإستهلاك والانتفاع ، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالبيع ، أم لغير صالحه كالوصية ، ولذا قال بعده فى التعريف « من قول أو فعل» وهذا التصرف يرتب عليه الشارع أثرا من النتائج المترتبة عليه كإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

(١) بدائع الصنائع ٧/ ١٧٠ وما بعدها .

ثانياً : أنواع التصرف : بالنظر فى تعريف التصرف الشرعى ، وبالاستقراء فى صوره ومسائله فى الفقه الإسلامى ، يتبين لنا أن التصرف الشرعى على نوعين :

أ ـ أولهما : التصرف القولى : وهو ما يصدر عن الشخص من أقوال يتلفظ بها أو ما يقوم مقامها كالكتابة والإشارة ، يرتب عليها الشارع أثرا ، سواء أكانت صادرة من الجانبين كالبيع والإبراء والإقرار بحق من الحقوق ، وسواء كانت بعوض أم بغير عوض ، وسواء كانت تمليكية أو إسقاطية .

والتصرف القولى نوعان : أ ـ عقدى : فهو إتفاق إرادتين كالشركة والبيع .

ب ـ غير عقدى : فهو مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار ، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه كالوقف والطلاق والإبراء [(١)].

ثانيهما : التصرف الفعلى : ما يصدر عن الشخص من أفعال مادية يرتب عليها الشارع نتيجة من النتائج ، سواء كانت هذه الأفعال مفيدة كالاحتطاب وقبض الدين ، أو ضارة كالغصب والاتلاف [(٢)].

---

(١) الفقه الإسلامى وأدلته د . وهبه الزجيلى ٤/ ٨٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ١٧٠ ، المدخل د. محمد سلام مدكور ص ٥١٠ ، المدخل د. محمد مصطفى شلبى ص ٢٣٦ ، المدخل الفقهى العام د. مصطفى الزرقا ١/ ٣٠٨ .

المبحث الثانى

حقيقة الفضالة - وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

المعنى اللغوى

• **فضل** : زاد ، والفضل : الزيادة ، وجمعه : فضول ، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، فسمى فضولا ، ونسب إليه فقيل : فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه ، واشتق منه فضالة على وزن جهالة ، واستعملت فى اشتغال المرء بما ليس له (١).

• **والفضولى** : من يشتغل بما لا يعنيه نسبة إلى الفضول ، جمع فضل، وهو الزيادة غير أن هذا الجمع - الفضول - غلب استعماله على ما لا خير فيه ، حتى صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى ، ومن أجل ذلك كان فى النسبة إليه تلك الدلالة (٢).

المطلب الثانى

المعنى الاصطلاحى

بالنظر فيما قاله الفقهاء فى العصور السابقة فيما يتعلق بلفظ «الفضالة» ، نجدهم لم يستعملوا لفظ «الفضالة» ، بل استعملوا لفظ «الفضولى» وهذا عند الاكثرين منهم ، واستعمل لفظ «الفضول» (٣).

---

(١) لسان العرب ، المصباح المنير ؛ مادة «فضل» .

(٢) المصباح المنير ، معجم مقاييس اللغة ؛ مادة «فضل» .

(٣) جامع الفصولين لابن قاضى سماوة ١/ ٢٣٠ .

● وفى العصر الحديث وجد من يستعمل لفظ الفضالة مثل ما عرفها الشيخ أحمد إبراهيم بقوله :

«الفضالة وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه فى شئون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذى تصرف عنه ولا ولاية شرعية ولا وصاية»[1].

● اقرار مجمع اللغة العربية بالقاهرة لفظ «الفضالة» للتعبير عما يطلق عليه قانوناً : "Legestienal affaire" أى الفضالة [2].

● **وعرفها الدكتور عبد المجيد مطلوب بأنها :-**

« تدخل شخص فى شئون غيره دون إذن أو ولاية أو وصاية» [3].

تعليق : بالنظر فى التعريفين المذكورين للفضالة نجد أنهما - مع إختلافهما ألفاظا واتحادهما معنى - غالبا - إلا أنهما انصرفا إلى نوع واحد من التصرفات فى هذا الجانب وهو ما يمكن تسميته : -

«التصرف فى ملك الغير» . ، وإغفال ما يمكن تسميته «التصرف لحساب الغير» ، وعلى ضوء هذا يمكن القول بأن ما سلف يعد غير جامع .

إذا علم هذا : فأرى أن معنى «الفضالة» **إصطلاحاً :**

● «قيام شخص بتصرف فى ملك الغير أو لحسابه من غير أن يكون له ولاية هذا التصرف» .

---

(١) احكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ص ٣ .

(٢) المعجم العملى ليوسف شلالة وفريد فهمى ص ٤٢٤ .

(٣) الفضالة للدكتور عبد المجيد مطلوب ص ١٤ .

التوضيح : « قيام شخص » يعنى بقيامه هنا صدور التصرف منه عن إرادة واحدة منه -مع أهليته المعتبرة شرعاً ، «بتصرف» يشمل القولى كالاقرار والفعلى كقبض الدين ، «فى ملك الغير» كمن يبيع ما لا يملك من غير ولاية أو وصاية ، «أو لحسابه» كالصلح والإسقاط وما أشبه ، «من غير أن يكون له ولاية» يشمل عدم الإذن أو الوكالة أو النيابة أو الإيصاء ، «فى هذا التصرف» سواء أكان قوليا أو فعليا ، وسواء أكان فى ملك غيره أو لحسابه .

●●●

المطلب الثالث
معنى «الفضولى» إصطلاحاً[1]

تعددت تعاريف «الفضولى» لدى الفقهاء القدامى - رحمهم الله تعالى - فمن ذلك :

● «الفضولى فى إصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل ، وفتح الفاء خطأ ، وقيل **الفضولى** : من يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعى كالأجنبى يزوج أو يبيع »[2]

● **الفضولى** : غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه [3]

● **الفضولى** : من يتصرف فى حق الغير بدون إذن شرعى [4].

وهذه التعاريف وما ماثلها تدور - غالبا - حول المعنى اللغوى [5].

ويمكن استخلاص أهم ما فيها من أن الفضولى من يتصرف فى حق الغير بلا إذن شرعى لكونه صادراً من غير ملك ولا وكالة ولا ولاية [6].

ويمكن تعريف الفضولى بأنه :

«صدور تصرف ممن لا شأن له به - أصلا - وليس له ولاية إصداره» [7].

---

(١) سبق بيان المعنى اللغوى فى المطلب الأول من هذا المبحث .

(٢) البحر الرائق ٦/ ١٦٠ .

(٣) فتح القدير ٥/ ٣٠٩ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة ١١٢ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨ ، تبيين الحقائق ٤/ ١٠٣ .

(٦) المحلى على المنهاج ٢/ ١٦٠ ، فتح القدير ٧/ ٥١ ، البهجة شرح التحفة ٢/ ٦٨ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٥ .

(٧) قريب مما ذكره د/ عبد المجيد مطلوب : الفضالة ص١٤ .

وذلك مثل من يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، أو يرهنه أو يؤجره .

وهذا المعنى يؤدى بنا إلى القول بأن :

التصرف منه «فضالة»

فعله هو «فضولى»

●●●

المطلب الرابع

ألفاظ ذات صلة

من المعلوم أن الأصل فى التصرف أن ينسب لمن قام به ، بمعنى أن آثاره تقتصر عليه ولا تتعداه إلى غيره . ، والأصل كذلك فى التصرف أن يقع لمن قام به ، فالشخص يلزم بما صدر منه ، ولا يلزم الغير بتصرفه هذا .

والتصرفات قد يباشرها الشخص بالأصالة وذلك فى حالة ما إذا كانت له الأهلية الشرعية الكاملة[1] ، وهى تثبت له الولاية التامة على شئون نفسه .

فإذا ما باشر التصرف غير صاحبه فإما أن يكون له إذن من الشرع كولى اليتيم فتكون له «الولاية» وإما أن يكون له إذن من صاحب الشأن كبيع ملك الغير بإذنه فتكون «الوكالة» ، وإن لم يكن مأذونا له لا من الشرع ولا من

(١) الأهلية فى إصطلاح الفقهاء : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه ، وصحة التصرفات منه :

مرآة الأصول ٢/ ٤٣٥ ، كشف الأسرار ص ١٣٥٧ ، التلويح على التوضيح ٢/ ١٦٥ .

صاحب الشأن فتكون «الفضالة» .

اذا علم هذا : فإن الفاظا على صلة بما نحن بصدده ينبغى إيرادها وذلك فيما يلى :

أولاً : الولاية : أ ـ لغة : النصرة والقدرة والسلطة [١].

ب ـ اصطلاحاً ، قوة تثبت لمن ملكها حق التصرف فى النفس أو فى المال أو فيهما معا [٢] ، [٣].

والولى : لغة من الوَلْى ، بمعنى القرب والنصرة [٤].

وإصطلاحاً : الولى من يملك الولاية ، وهى تنفيذ القول على الغير [٥].

● ويختلف معنى الولى حسب اختلاف المواضيع [٦].

والصلة بينه وبين الفضولى ، أن الولى له حق التصرف فى حق المولى عليه ، بخلاف الفضولى .

---

(١) المصباح المنير ، لسان العرب ، المفردات مادة «ولى» .

(٢) رسالة الدكتور البرديسى ص ١٠ (الوكالة) .

(٣) الولاية تكون فى النفس والمال معا ، وقد تكون فى أحدهما ، والولاية نوعان :

خاصة : وهى التى يتولى أحد الأفراد على شخص معين أو لأمر معين : كولاية الأب .

وعامة : هى التى يتولاها الحاكم أو القاضى لمصلحة عامة : الاشباه للسيوطى ص ٨٣ ولابن نجيم ص٤٩ .

(٤) لسان العرب ، معجم مقاييس الغة ، المفردات : مادة «ولى» .

(٥) ابن عابدين ٢/ ٣٩٥ .

(٦) فالولى فى النكاح غيره فى استيفاء القصاص . . . الخ .

ثانياً : الوكالة : لغة : التفويض [1].

إصطلاحاً : اقامة الشخص غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة [2].

والوكيل لغة : الحافظ والكافى [3].

إصطلاحاً : تفويض واحد أمره لآخر وإقامته مقامه فى ذلك الأمر [4].

فالوكيل هو المفوض والنائب عن الغير فى أمر قابل للنيابة [5].

• والصلة بينه وبين الفضولى أن كليهما يتصرف للغير ، لكن الوكيل بالتفويض من الغير ، والفضولى بغير تفويض .

ثالثاً : الملكية : لغة : حيازة الشئ والاستبداد به [6].

إصطلاحاً : اختصاص بالشئ يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه إبتداء إلا لمانع شرعى [7].

• **المالك :** فاعل من الملك ، وهو شرعاً : اختصاص العمل فى التصرف والمالك صاحب الملك [8].

---

(١) المصباح المنير ، المفردات مادة : «وكل» .

(٢) المدخل للفقه الإسلامى د/ عيسوى ص٤٧٠ .

(٣) المفردات للأصفهانى .

(٤) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٤٤٩ ، جواهر الإكليل ٢/ ١٢٥ .

(٥) المرجعان السابقان وانظر : قواعد الفقه للبركتى .

(٦) المعاجم اللغوية مادة «ملك» .

(٧) فتح القدير ٥/ ٧٤ ، الفروق للقرافى ٣/ ٢٠٨ وما بعدها .

(٨) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٦ وما بعدها .

وقال ابن نجيم : الملك قدرة يثبتها الشارع إبتداء على التصرف إلا لمانع[1].

● وعلى هذا فمالك الشئ هو القادر على التصرف فيه إبتداء ، فهو مقابل الفضولى الذى ليس له التصرف إبتداء ، وإنما تصح بعض تصرفاته بإجازة المالك عند بعض الفقهاء [2].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ .

(٢) سيأتى تفصيل ذلك بمشيئة الله ـ تعالى ـ .

الفصل الأول
محل الفضالة القولية والفعلية

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول
عقود[1] المعاوضات • وفيه ثلاثة مطالب

معنى القول فى أن التصرف الصادر ممن لا شأن له به أصلاً ، وليس له ولاية إصداره ، مثل من يبيع ملك غيره من غير إذن منه أو ولاية عليه ، أو يرهنه أو يؤجره ، فإن هذا التصرف يسمى «فضالة» ، وفعله هو «فضولى» . ، لذلك فإن «محل الفضالة» هى « نطاق تصرفات الفضولى » ، وهو ما أتناوله فى هذا الفصل بمباحثه ومطالبه .

المطلب الأول
عقد البيع[2]

اتفق الفقهاء على أن من أركان[3] البيع العاقدين ، وأنه يشترط [4]فيهما

---

(١) العقد لغة : يطلق على العهد والميثاق وعلى كل ما يفيد الالتزام .

وإصطلاحاً : ارتباط القبول بالإيجاب ارتباطا يظهر أثره فى المعقود عليه .

التوضيح : الإيجاب ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين ، والقبول : ما صدر ثانيا من الآخر . ، ومعنى الإيجاب الإثبات ، والقبول الرضا بما قاله الأول . ، ومجموع الإيجاب والقبول يسمى «صيغة العقد» وبارتباطهما خرج (المعقود عليه) من حاله الأول إلى حال جديدة : المفردات للأصفهانى ص٣٤٠ طبعة الحلبى ، مختصر المعاملات لأبى الفتح ص٤٥ وما بعدها ـ بتصرف يسير ـ .

(٢) البيع لغة : مطلق المبادلة ١ . إصطلاحاً : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص : ـ المصباح المنير ١/١١٢ وما بعدها .

السراج على المنهاج ص١٧٢ ، البحر الزخار ٤/ ٢٨٩ .

(٣) الركن إصطلاحاً : جزء من حقيقة الشئ وماهيته ، كالركوع فى الصلاة : المحلاوى ص٢٥٦ .

(٤) الشرط اصطلاحاً : ما يتوقف وجود الشئ على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته : المرجع السابق .

أن يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة ، غير محجور عليهما أو على أحدهما إما لحق أنفسهما[1] أو لحق الغير [2].

● واختلفوا فى بيع الفضولى : هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وذلك على مذهبين :

المذهب الأول : عدم جواز بيع الفضولى . ذهب إلى هذا المالكية فى مشهور مذهبهم [3]، والشافعى فى القول الجديد[4] وأحمد فى رواية[5] ومن وافقهم [6].

المذهب الثانى : يجوز بيع الفضولى وينعقد موقوفا على إجازة المالك ، ذهب إلى هذا الحنفية[7] ومالك فى رواية[8] والشافعى فى القديم[9] وأحمد

---

(١) كالسفيه عند من يرى التحجير عليه .

(٢) كالعبد الذى لم يؤذن له فى التجارة .

(٣) بداية المجتهد ٢/ ١٢٩ ، الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٢ ، الفروق للقرافى ٣/ ٢٤٣ .

(٤) المجموع ٩/ ٢٥٩ ، نهاية المحتاج ٣/ ٣٩٠ .

(٥) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ ، كشاف القناع ٢/ ١١ وما بعدها ، المغنى ٤/ ١٤٥ .

(٦) أبو ثور وابن المنذر : المرجع السابق .

(٧) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٠٧ ، بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨ ، تبيين الحقائق ٤/ ١٠٣ ، البحر الرائق ٦/ ١٦٠ ، المبسوط ١٣/ ١٥٣ وما بعدها .

(٨) مواهب الجليل ٤/ ٢٧٠ .

(٩) شرح المنهاج وحاشية البيحيرمى ٢/ ١٨٧ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٥ .

فى رواية أخرى[1] ومن وافقهم [2].

● **سبب الخلاف :** هل إذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم [3].

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بدليل السنة والمعقول :

أولاً : دليل السنة النبوية : أ ـ ما روى عن حكيم بن حزام ـ رضى الله عنه ـ قلت يا رسول الله ـ ﷺ ـ يأتينى الرجل فيريد منى البيع ، وليس عندى ما يطلب أفأبيع منه ثم أبتاعه من السوق ؟ قال : لا تبع ما ليس عندك»[4].

ب ـ ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ـ رضى الله عنهم ـ قال :

قال رسول الله ـ ﷺ ـ : «لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا بيع ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » [5].

جـ ـ وعنه قال : قال رسول الله ـ ﷺ ـ : «لا طلاق إلا فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك ، ولا بيع إلا فيما يملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما يملك»[6].

---

(١) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ ، المغنى ٤/ ١٤٥ .

(٢) إسحاق : المرجع السابق .

(٣) بداية المجتهد ٢/ ١٢٩ .

(٤) سنن أبى داود ـ كتاب البيوع باب ٦٨ ، سنن النسائى ـ كتاب البيوع .

(٥) المرجعان السابقان .

(٦) المرجعان السابقان .

وجه الدلالة : ثبت بهذه الأحاديث عدم صحة بيع ما لا يملك لأنه لا يقدر على تسليمه وهذا من باب الغرر وهو لا يجوز [١]، والنهى عن بيوع الأعيان التى لا يملكها ، وظاهر النهى تحريم ما لم يكن فى ملك الإنسان ولا داخلا تحت مقدرته [٢].

ثانياً : دليل المعقول بوجوه منها :

أ ـ الولاية على عقد أو إصدار التصرف شرط لوجود العقد ، وهذه الولاية إنما تكون بالملك أو الإذن من المالك ، والفضولى ليس مالكاً ولا مأذونا فيما يتصرف فلا يكون لتصرفه وجود [٣].

● استدل أصحاب المذهب الثانى على ما ذهبوا إليه بدليل السنة والمعقول:

أولاً : دليل السنة : أ ـ ما روى عن عروة بن أبى الجعد البارقى أن النبى ـ ﷺ ـ أعطاه ديناراً ليشترى به له شاة فاشترى له به شاتين فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة فى بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه » [٤].

ب ـ ما روى عن حكيم بن حزام أن النبى ـ ﷺ ـ بعثه ليشترى له أضحية بدينار ، فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا ، فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال : ضح بالشاة وتصدق

---

(١) المجموع ٩/٢٥٩ .

(٢) نيل الأوطار ٥/١٥٥ .

(٣) مغنى المحتاج ٢/١٥ .

(٤) صحيح البخارى كتاب المناقب ، باب ٢٨ .

بالدينار »[1].

وجه الدلالة : أن شراء الشاة الثانية وبيعها[2] لم يكن بإذن النبى ﷺ، وهو عمل فضولى جائز بدليل إقرار الرسول ـ ﷺ ـ له .

ثانياً : دليل المعقول بوجوه منها : أ ـ عقد الفضولى عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث فإنها موقوفة على إجازة الورثة حال وقوعها .

ب ـ العقود والتصرفات شرعت لتحقيق الحاجة لمصلحة كل من المالك والمشترى ، والفضولى من غير ضرر ولا مانع شرعى ، فيدخل ثبوته فى العمومات ، أما تحقق ذلك ، فإن المالك يكفى مؤنة طلب المشترى ووفور الثمن وقراره ورواج سلعته وراحته منها ، ووصوله إلى البدل المطلوب له والمحبوب ، وإن رأى غير ذلك فله أن لا يجيز البيع فلم يدخله الضرر ، أما تحقق ذلك للمشترى فهو وصوله إلى حاجة نفسه ودفعها وارتفاع ألم فقدها إن لم يجز للفضولى البيع ، وكذلك الفضولى فإنه يكون بصون كلامه عن الإلغاء والهذر، بل وصول الثواب له إذا نوى الخير لله ـ تعالى ـ من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم ، ومعاونته فى قضاء مصالحه عملا بقوله ـ تعالى ـ «وتعاونوا على البر والتقوى» [3]، ولما كان هذا التصرف خيرا لكل كان الإذن فى هذا البيع ثابتا دلالة ، إذ كل عامل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا ، وبالعمومات فوجب اعتباره [4].

---

(١) المرجع السابق .

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٣٠ .

(٣) الآية ٢ من سورة المائدة .

(٤) شرح فتح القدير ٧/ ٥٢ .

مناقشة:

يناقش أصحاب المذهب الأول بما يلى :

مناقشة دليل السنة : أ ـ حديث حكيم بن حزام ضعيف [1].

يجاب : الجرح الموجه مردود والحديث صحيح [2].

● على فرض الصحة فإن هذا الحديث وغيره ـ فى هذا الجانب ـ محمول على أن النهى إنما على بيعه لنفسه لا لغيره ، والدليل على ذلك أن النهى إنما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده [3].

● يناقش أصحاب المذهب الثانى بما يلى :

مناقشة دليل السنة : حديث عروة وحكيم بن حزام محمولان على أنهما كانا وكيلين عن النبى ـ ﷺ ـ وكالة مطلقة .

يجاب : ليس فى الحديثين ما يدل على هذه الوكالة المطلقة وهذا تخصيص دون دليل .

مناقشة دليل المعقول : قياس تصرف الفضولى على الوصية غير مسلّم فالوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز فى البيع [4].

---

(١) نيل الأوطار ٥/١٥٥ .

(٢) نيل الاوطار ٥/١٥٥ .

(٣) بداية المجتهد ٢/ ١٣٠ .

(٤) المغنى ٤/١٤٥ .

المختار : بعد عرض المذهبين بالأدلة والمناقشة فأرى أن ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثانى - الحنفية ومن معهم - من القول بصحة بيع الفضولى إن أجازه المالك لما يلى :

أ - حديث عروة البارقى نص فى المسألة .

ب - هذا القول يحقق مصالح شرعية معتبرة من رعاية اليسر وقضاء حاجات الناس .

المطلب الثانى
شراء الفضولى

اختلفت كلمة الفقهاء فى حكم شراء الفضولى لغيره على أربعة أقوال :

القول الأول : شراء الفضولى كبيعه ، ينعقد موقوفا على إجازة من اشترى له ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل : قال بهذا المالكية[1] واحمد فى رواية [2].

القول الثانى : شراء الفضولى باطل لا يترتب عليه أى حكم أو أثر ، قال بهذا الشافعى فى الجديد[3] والحنابلة فى الصحيح من المذهب [4].

القول الثالث : يفرّق بين إضافة الفضولى إلى نفسه ، وبين ما إذا أضافه إلى الذى اشتراه له ، فإن أضافه إلى نفسه جاز وكانت العين المشتراه له، وإن أضافه إلى غيره يكون موقوفا على إجازة المشترى له ، قال بهذا الحنفية[5].

القول الرابع : التفصيل لحالات شراء الفضولى :

الحالة الأولى : أن يشترى للغير بعين مال الغير : فالحكم فى ذلك

---

(١) القوانين الفقهية ص٢٧١ ، بداية المجتهد ٢/ ١٤٣ طبعة دار الفكر .

(٢) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ ، المغنى ٤/ ١٥٤ ط مكتبة القاهرة .

(٣) المجموع ٩/ ٢٦٠ ، فتح العزيز ٨/ ١٢٢ .

(٤) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ ، نيل المآرب ١/ ٨٣ .

(٥) البحر الرائق ٦/ ١٦٢ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٢٣ وما بعدها ، تبيين الحقائق ٤/ ١٠٥، جامع الفصولين ١/ ٣١٧ .

البطلان ، قال بهذا الحنابلة (١) وهو قول الشافعى فى القديم (٢).

الحالة الثانية : أن يشترى بمال نفسه للغير : فقد فرق الشافعى فى هذه الحالة بين ما إذا سمى فى العقد من اشترى له ، وبين ما إذا لم يسمه : فإن سماه نظر : فإن لم يأذن لغت التسمية .

الأدلة

● استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والسنة والمعقول :

أولاً : دليل الكتاب العزيز : أ ـ قول الله ـ تعالى ـ «وأحل اللّه البيع»(٣).

ب ـ قوله ـ تعالى ـ « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»(٤) وقوله ـ تعالى ـ «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله» (٥).

وجه الدلالة : شرع الله ـ سبحانه وتعالى ـ البيع والشراء والتجارة ابتغاء الفضل ، من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة ، وبين ما إذا وجد من الوكيل فى الإبتداء ، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك وفى الانتهاء ، وبين وجود الرضا فى التجارة عند العقد أو بعده ، فيجب

(١) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ ، المقنع ٢/ ٨ .

(٢) روضة الطالبين ٣/ ٣٥٣ ، المجموع ٩/ ٢٦٠ ، فتح العزيز ٨/ ١٢٢ ، المحلى على المنهاج ٢/ ١٦٠ .

(٣) الآية ٢٧٥ سورة البقرة .

(٤) الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٥) الآية ١٠ من سورة الجمعة .

العمل بإطلاقها ، إلا ما خص بدليل (١).

ثانياً : دليل السنة : خبر : عروة البارقى الذى أعطاه رسول الله - ﷺ - ديناراً ليشترى له به شاة فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، وجاءه بدينار وشاة ، فقال له : «بارك الله لك فى صفقة يمينك» (٢).

● خبر حكيم بن حزام «أن النبى - ﷺ - أعطاه ديناراً ليشترى به شاة يضحيها فاشترى شاتين بالدينار وباع احداهما بدينار جاء به والشاة للرسول - ﷺ - فأثنى عليه ودعا له بالبركة . . .» الحديث (٣).

وجه الدلالة : أنّ النبى - ﷺ - لم يأمر فى الحالتين فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا البيع ، إلا انه أجاز فدل وفى وقوعه عن الفضولى وجهان : الوقف ، والبطلان ، وإن أذن له ، فهل تلغو التسمية أم لا ؟ فإن قلنا تلغو ، فهل يقع عن المباشر ، أم يبطل من أصله ؟ وجهان ، وإن قلنا : لا تلغو ، وقع العقد عن الاذن .

وان لم يسّمه وقع عن المباشر ، سواء أذن ذلك الغير أم لا (٤). أما الحنابلة فيرون فى هذه الحالة البطلان مطلقا (٥).

● **الحالة الثالثة :** أن يشترى الفضولى لغيره فى الذمة بغير إذنه ، وفى هذه الحالة ينظر :

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٤٩ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) روضة الطالبين ٣/٣٥٣ وما بعدها ، المجموع ٩/ ٢٦٠ ، فتح العزيز ٨/ ١٢٢ المحلى على المنهاج وحاشيتى قليوبى وعميرة ٢/ ١٦٠ .

(٥) القواعد لابن رجب ص٤١٧ ، غاية المنتهى ٢/ ٨ ، مطالب أولى النهى ٣/ ١٨ .

فإن لم يسم ذلك الغير فى العقد ، فالشافعى فى الجديد ، قال : يقع عن المباشر ، وفى القول القديم قال : يتوقف على إجازة المشترى له ، فإن أجازه نفذ فى حقه ، وإن رده نفذ فى حق الفضولى [1] .

ويرى الحنابلة ـ فى صحيح المذهب ـ أنه يصح ويكون موقوفا على الإجازة .

وإن سماه فى العقد : فيرى الشافعية أنه كشرائه بعين مال الغير ، وأما الحنابلة فلهم قولان : الصحيح أنه لا يصح هذا العقد ، والثانى : حكمه حكم ما إذا لم يسمه فى العقد [2].

• **الحالة الرابعة** : أن يضيف الشراء إلى الغير بثمن معين ، وهذه الحالة انفرد بذكرها الشافعية ولهم وجهان : أحدهما : يلغو العقد ، والثانى : يقع عن المباشر [3]. فتحصل أن الحالات أربعة وافق الحنابلة الشافعى فى ثلاث منها فى القسمة لا فى الحكم كما ذكر .

على انه ينعقد إذا أجازه المشترى له ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل .

ثالثاً : دليل المعقول بوجوه منها :

أ ـ الفضولى كامل الأهلية ، فإعمال عقده أولى من إهماله .

ب ـ ربما كان فى العقد مصلحة للمشترى ، وليس فيه ضرر بأحد لأن المشترى له ألا يجيز العقد إن لم يرغب فيه أو لم تكن له مصلحة فيه أو

---

(١) المجموع ٩/ ٢٦٠ .

(٢) روضة الطالبين ٣/ ٣٥٣ وما بعدها ، فتح العزيز ٨/ ١٢٢ .

(٣) المحلى المنهاج ٢/ ١٦٠ .

فائدة[1].

جـ - إن فى اعتبار هذا العقد صحيحاً موقوفا ، صيانة لأفعال العاقل - الفضولى - عن العبث .

● استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من بطلان شراء الفضولى بالادلة التى ذكروها فى بطلان بيعه [2].

● استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والمعقول :

أولاً : دليل الكتاب : قول الله - تعالى - ﴿لها ما كسبت﴾ [3].

وجه الدلالة : أن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره ، وشراء الفضولى كسبه حقيقة فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره[4] (هذا الدليل فيما لو أضاف الفضولى الشراء إلى نفسه) .

ثانياً : إن أضاف الفضولى إلى غيره أو لم يجد نفاذاً على إجازة من اشترى له ، بأن كان الفضولى عبداً محجورا أو صبياً مميزا واشترى لغيره فإن شراءه يتوقف على إجازة ذلك الغير ، إذ الشراء لم يجد نفاذاً عليه ، فيتوقف على إجازة الذى اشترى له ضرورة ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

وإن أضافه - أى الفضولى - العقد إلى الذى اشتراه له ، بأن قال الفضولى للبائع : بع سلعتك هذه من فلان بكذا ، فقال : بعت ، وقال

(١) فتح القدير ٥/ ٣٠٩ ، بدائع الصنائع ٥/ ١٤٩ .
(٢) سبق إيرادها فى المطلب السابق «حكم بيع الفضولى» .
(٣) الآية الأخيرة من سورة البقرة .
(٤) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٠ ، الحموى على الأشباه ١/ ٢٣٣ ، مختصر الطحاوى ص٨٣ .

الفضولي : قبلت البيع فيه لأجل فلان ، أو قال البائع : بعت هذه السلعة من فلان بكذا ، وقبل المشترى الفضولى منه الشراء لأجل فلان ، فإن هذا العقد يكون موقوفا على إجازة المشترى له [1].

التوضيح : فى حالة إذا لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولى بأن كان صبيا مميزاً أو عبداً غير مأذون له بالتجارة أو محجوراً عليه ، كان من الضرورى أن ينعقد موقوفا على الذى اشترى له ، فإن أجازه كانت العهدة ـ الحقوق ـ عليه لأنهم ليسوا من أهلها[2] وأما إذا أضاف الفضولى عقد الشراء للغير ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفا على إجازة هذا الغير ، فإن أجازه نفذ عليه ، واعتبر الفضولى وكيلا ترجع إليه حقوق العقد ، وهذا فى العقود التى ترجع حقوقها للعاقد كما هو معروف فى عقود الوكيل وتصرفاته [3].

● استدل أصحاب القول الرابع على ما ذهبوا إليه بالآتى بيانه :

● استدل من قال ببطلان أى نوع من الأنواع التى ذكرت بما استدل به من

---

(١) الفتاوى الخانية ٢/ ١٧٣ ، البحر الرائق ٦/ ١٦٢ ، الفتاوى الهندية ٣/ ١٥٢ .

(٢) جامع الفصولين ١/ ٣١٧ ، تبيين الحقائق ٤/ ١٠٥ وما بعدها ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٢٣ .

(٣) اشترط الحنفية شروطا لإجازة تصرف الفضولى منها :

١ ـ أن تكون الإجازة حين وجود المتعاقدين والمالك والمبيع .

٢ ـ أن يكون للعقد الصادر من الفضولى مجيز حين العقد (أى من كان يستطيع إصداره بنفسه) .

٣ ـ ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولى عند رفض صاحب الشأن سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال : ـ

بدائع الصنائع ٥/ ١٤٩ ، فتح القدير ٥/ ٣١١ ، الهداية ٥/ ٣١١ ، الطحاوى ص٨٢ وما بعدها .

قال بالبطلان [1].

● واستدل من قال بانعقاد العقد وجعله موقوفا على الإجازة بما استدل به من قال بذلك [2].

المناقشة

● يناقش أصحاب القول الأول بما يلى :

١ ـ مناقشة دليل الكتاب : لا يسلم بما قالوه من وجوب العمل بإطلاق الآيات لورود مخصص لها [3].

يجاب : ما ادعى من أنه مخصص إنما لوقائع محددة لها سبب والنهى الوارد فى هذه المخصصات إنما يحمل على سببه .

رد الجواب : النهى إذا ورد على سبب يعم .

٢ ـ مناقشة دليل السنة : الأمر فى الحديثين وما ماثلهما أمر وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير ، فلا شك حينئذ فى جواز عقده ونفاذه على الموكل ، لا أمر عقد فضولى بمعنى الكلمة .

يجاب : لا يسلم بأن الأمر وكاله مطلقة لأن رسول الله ـ ﷺ ـ لم يأمره بالشراء ولا البيع فى الشاة الثانية فكان هذا التصرف تصرف فضولى .

● يناقش أصحاب القول الثانى بما يلى :

---

(١) سبق ذكرها .

(٢) الملاحظة السالفة .

(٣) حديثا عروه وحكيم بن حزام «لاتبع ما ليس عندك» ، «لا بيع فيما لا يملك» .

أن ما قالوا به من البطلان لحديثى عروة وحكيم بن حزام [١].

مسلم لأن النهى إنما يسبب خاص وهو أن يبيع الإنسان لنفسه ما ليس عنده .

• يناقش الحنفية فيما ذهبوا إليه من التفرقة بين إضافة التصرف إلى نفسه، وبين إضافته إلى غيره بما يلى :

• إذا كان المشترى هو الفضولى نفسه فالعقد لا يوجد شرعا ، لأن الواحد لا يجوز له أن يتولى طرفى العقد فى عقود المعاوضات [٢]

يجاب : إذا أضاف الفضولى العقد إلى نفسه ، أو أضافه البائع إليه وقبل ذلك ـ ولو كان فى نيته أن يكون للغير ـ فلا يمكن أن يكون فضوليا ، والعقد ينفذ فى حقه ، فالقول بان العقد لم يوجد بزعم أن المشترى هو الفضولى نفسه لأن طرفى العقد الذين يصدر عنهما الإيجاب والقبول قد وجد، بل إن شراء الفضولى لنفسه يجعل العقد نافذاً وتنصرف آثاره إليه .

• يناقش أصحاب القول الرابع فيما قالوا به من صور حكموا عليها بالبطلان بما نوقش به من قال ذلك .

المختار : بعد عرض الأقوال بالأدلة والمناقشة فقد اتضح لى رجحان قول المالكية ومن وافقهم من أن شراء الفضولى كبيعه ، ينعقد موقوفا على اجازة من اشترى له ، فإن أجاز نفذ ، وإن رده بطل لتحقيقه مصالح شرعية معتبرة لأنه قد يكون فى حالات غير قليل من مصلحة المالك فى البيع ، والمشترى له فى الشراء ، فمن المصلحة القول بانعقاده موقوفا على إجازة من له الإجازة .

---

(١) سبق إيرادهما وتخريجهما .

(٢) رد المحتار ٤/ ٢١٠ وما بعدها ، المدخل للدكتور مدكور ص٥٧٥ ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ الخفيف ص٦١ وما بعدها .

المطلب الثالث

إجارة[1] الفضولي

أجمع العلماء على أن الإجارة جائزة [2].

والأصل فيه دليل الكتاب والسنة :

١ ـ دليل الكتاب : قوله ـ تعالى ـ : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ﴾[3] ، وقوله ـ تعالى ـ ﴿قالت إحداهما يا أبت استأجره . . .﴾[4] ، وقوله ـ تعالى ـ ﴿ قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا﴾ [5].

٢ ـ دليل السنة : منها : خبر «أن رسول الله ـ ﷺ ـ استأجر رجلا من بنى الديل هاديا . . .» [6].

● واتفق الفقهاء على أن الإجارة لا تصح إلا من جائز التصرف [7]،

---

(١) الإجارة إصطلاحاً : عقد على منفعة معلومة مقصورة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم : مغنى المحتاج ٢/ ٣٣٢.

وقيل : تمليك المنافع بعوض : ـ فتح القدير ٧/ ١٤٦ وما بعدها .

وقيل : عقد على منفعه مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة فى الذمة مدة معلومة أو عمل معلوم بعوض معلوم : الروض المربع ٢/ ٢٤٠ .

(٢) الإجماع لابن المنذر ص١٠١ ، مسألة رقم ٥٤٦ ، بداية المجتهد ٢/ ١٦٦ ، المغنى ٦/ ٢٥٠ .

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق .

(٤) الآية ٢٦ من سورة القصص .

(٥) الآية ٧٧ من سورة الكهف .

(٦) فتح البارى لابن حجر ٤/ ٣٤٩ وما بعدها ـ كتاب الإجارة .

(٧) المغنى ٦/ ٢٥١ .

لأنها عقد تمليك فى الحياة فأشبه البيع .

● واختلفوا فى حكم إجارة الفضولى لأعيان الغير ، هل هى صحيحة موقوفة على الإجارة أم أنها باطلة ، وذلك على قولين :

● **أحدهما** : إجارة الفضولى تنعقد موقوفة على إجازة المالك أو وليه ، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت . قال بهذا الحنفية[١] والمالكية[٢] وأحمد فى رواية [٣].

مستند ذلك القول : أن الإجارة كالبيع فإجارة الفضولى تنعقد موقوفة على الإجازة ممن يملك المنفعة فإذا أجازها مضى العقد وكانت له الأجرة سواء استوفيت المنفعة أو بعضها أو لم تستوف ، وسواء أضيف إلى الغير الاستئجار أو إلى الفضولى نفسه [٤].

الثانى : إجارة الفضولى باطلة ، قال بهذا الشافعى فى الجديد [٥]، والحنابلة على الصحيح من المذهب [٦].

مستندهم : أن عقد الإجارة من الفضولى عقد صدر من غير مالك أو

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٥٦٢ وما بعدها ، درر الحكام ١/ ٤٢٢ ، مجلة الأحكام العدلية مادة ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

(٢) المدونة ٥/ ٣٧٦ ، التاج والإكليل ٥/ ٢٩٧ ، منح الجليل ٣/ ٥٦٤ ، القوانين الفقهية ص٣٠١ .

(٣) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ ، كشاف القناع ٣/ ٥٥٨ .

(٤) جواهر الإكليل ٢/ ١٨٤ ، منتهى الارادات ١/ ٣٤٠ .

(٥) نفى المحتاج ٢/ ١٥ ، المجموع ٩/ ٢٥٩ .

(٦) الإنصاف ٤/ ٢٨٣ .

ذى ولاية فى إبرامة فيكون باطلا [1].

يناقش : سلمنا بما قلتم إلا أنه يمكن أن تكون مصلحة للمالك أو للمستأجر فما المانع من القول بالانعقاد وعدم النفاذ إلا بإمضاء صاحب الشأن.

المختار : بعد عرض القولين بالأدلة والمناقشة فقد اتضح لى رجحان القول بانعقادها موقوفة على صاحب الشأن أو من ينيبه أو من يكون[2] وليا عنه لقوة ما استدلوا به وسلامته عن المعارض .

---

(١) المجموع ٩/٢٥٩ ، مغنى المحتاج ٢/١٥ ، كشاف القناع ٣/٥٨ .

(٢) مما تجدر الإشارة إليه أن الحنفية فرقوا بين كون الفضولى فى عقد الإجارة مؤجرا وبين كونه مستأجرا ، فجعلوا إجارته كبيعه ، واستئجاره كشرائه :

بدائع الصنائع ٥/٢٥٦٢ وما بعدها .

وأنهم جعلوا للإجازة شرطين :

أولهما : أن تكون المنافع قائمة لم يستوفها المستأجر حتى ترد إجازة المالك على منفعة موجودة .

ثانيهما : أن يضاف الاستئجار إلى الغير حتى يتوقف على إجازته كما فى الشراء :

بدائع الصنائع ٥/٢٥٦٢ ، تحفة الفقهاء ٢/٥٢٦ ، الفتاوى الهندية ٢/٤٢٣ .

المبحث الثاني

عقود التبرعات • وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

عقد الهبة[1]

• اتفق الفقهاء على أن الواهب تجوز هبته إذا كان مالكاً للموهوب ، صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد [2].

• واختلفوا في حكم هبة الفضولي لمال غيره على قولين :

أحدهما : هبة الفضولي باطلة ، قاله المالكية - في المشهور [3] - والحنابلة[4] ، والشافعي - في الجديد - [5].

مستندهم : هبة الفضولي باطلة إذ يستحيل على المرء تمليك مالا يملك[6].

الثاني : هبة الفضولي تنعقد صحيحة ، غير أنها تكون موقوفة على إجازة المالك فإن ردها بطلت ، وإن أجازها كانت لإجارته حكم الوكالة ، قال

---

(١) الهبة : لغة : الإعطاء بدون عوض سواء كان مالاً أو غير مال ، قال الله - تعالى - «فهب لي من لدنك ولياً» - الآية ٥ من سورة مريم - ، وقوله «يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور» - الآية ٤٩ من سورة الشورى - .
واصطلاحاً : تمليك المال بلا عوض : مغني المحتاج ٢/٢٩٦ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٤٥ ط . الفكر .

(٣) القوانين الفقهية ص٣٩٧ ، الخرشي ٧/٧٩ ، حاشية الدسوقي ٤/٨٧ .

(٤) كشاف القناع ٤/٣٥٢ ، منتهى الإرادات ٢/٢٨ ، المحرر ١/٣٧٥ .

(٥) المجموع ٩/٢٥٩ ، مغني المحتاج ٢/١٥ .

(٦) المراجع المذكورة .

بهذا الحنفية[1] ، والمالكية - فى رواية - [2].

مستندهم : أ - إن الهبة كالبيع ، فكما أن الهبة تصرف شرعى صادر من الواهب مضافاً إلى المحل فيعقد موقوفا على إجازة صاحب الحق فإن أجازه نفذ ، فلا ضرر من انعقادها موقوفة على الإجازة [3].

ب - يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب ، فلو وهب أحد مال غيره لا يصح ، وإذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [4].

● وهذا القول هو المختار لاتفاقه مع القواعد العامة للتصرفات الشرعية واتسامة مع المقاصد الأساسية لعقود التبرعات [5].

---

(١) البحر الرائق ٦/١٦٣ ، تكلمة رد المحتار ٨/٤٢٤ ، بدائع الصنائع ٨/٣٦٧٩ .

(٢) العدوى على الخرشى ٧/٧٩ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٥/٤٣٣ .

(٣) المراجع المذكورة .

(٤) المادة ٨٥٧ : مجلة الأحكام العدلية ، حاشية الدسوقى ٤/٩١ .

(٥) المقاصد الاساسية للتبرعات منها :

التعاون والتكافل فى أمور البر والخير :

فإن الفضول فى الهبة يمكن أن يكون بتصرفه هذا بمثابة الدال على الخير المرشد للبر فيصح تصرفه إبتداء ، ولا ينفذ إلا بإجازة المالك ، فلا ضرر ولا غرر .

المطلب الثانى

وصية[1] الفضولى

● لا خلاف بين الفقهاء فى أن الوصية أركانها أربعة : الموصى ، الموصى له ، الموصى به ، الوصية [2].

● واتفقوا على أن الموصى كل مالك صحيح الملك [3].

● واختلفوا فى حكم وصية الفضولى من مال غيره على قولين :

أحدهما : تصح وصية الفضولى ، لكنها تكون موقوفة على إجازة المالك . ، قاله الحنفية[4] ، والشافعى فى القديم[5] والحنابلة فى قول [6].

مستندهم : أن الوصية تصح بالمعدوم ، فأولى أن تصح من الفضولى[7].

يناقش : لا يسلم بأن الوصية تصح بالمعدوم لأنه ليس محلا شرعيا للتعاقد .

---

(1) الوصية لغة : تطلق على فعل الموصى وهو الإيصاء .

واصطلاحاً : الوصية بالمال هى التبرع به بعد الموت : لامغنى ٦/٥٥ .

وقيل : تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع : تبيين الحقائق ٦/١٨٢ .

(2) بداية المجتهد ٢/ ٢٥٠ .

(3) المرجع السابق .

(4) البحر الرائق ٦/ ١٦٤ ، مجمع الأنهر ٢/ ٧٠٤ .

(5) روضة الطالبين ٦/ ١١٦ ، المجموع ٩/ ٢٥٩ .

(6) منتهى الارادات ١/ ٤٣٠ ، التنقيح المشبع ص١٩٧ .

(7) أحكام الوصية د/ أنور دبور ص١٠٠ وما بعدها .

يجاب : الوصية بالمجهول وبغير المقدور على تسليمه جائزة لأن فيها حث للناس على الخير وتشجيع لهم على الطاعة ، وبوسع الموصى أن يعين بعد ذلك (الموصى به) إن بقي على قيد الحياة ، أو يقوم ورثته بعد ذلك إن مات .

وقالوه من اعتراض لاوجه له لأن المعلوم والموجود فى المعقود عليه (محل التعاقد) إنما فى عقود المعاوضات التى يأخذ كل من طرفى العقد مقابلا لما أعطى ، أما عقود التبرعات التى لا يأخذ المعطى مقابلا لما أعطاه فلا يشترط فيها ذلك لاسيما إن كان غير معين.

الثانى : وصية الفضولى لا تصح مطلقاً ، قال بهذا المالكية[1] ، والحنابلة فى الأصح[2] ، والشافعى فى الجديد[3].

مستندهم : أن وصية الفضولى لا تصح ، لأنه تبرع عمن لا تملك له ولا ولاية ولا نيابة ، فيكون باطلا[4].

يناقش : لم لا يقال تصح وصيته وتوقف على الإجازة بدلاً من الحكم بالبطلان ؟

المختار : بعد عرض القولين فقد اتضح لي رجحان القول بصحة وصية الفضولى وتكون موقوفة على الإجازة لتحقيقه مصالح شرعيه معتبرة ولقوة ووجاهة هذا القول .

---

(١) الخرشى ٨/١٦٨ ، الشرح الكبير للدردير ٤/٣٧٥ ، حاشية العدوى على كفاية الطالب الربانى ٢/٢٠٥ .

(٢) الفروع ٤/٣٦ ، منتهى الإرادات ١/ ٤٣٠ ، التنقيح المشبع ص ١٩٧ .

(٣) روضة الطالبين ٦/١١٦ وما بعدها ، المجموع ٩/٢٦١ .

(٤) الأنوار لأعمال الأبرار ٢/٢٣ .

المطلب الثالث

الوقف[1]

اختلف الفقهاء فى حكم وقف الفضولي لمال غيره على قولين :

أحدهما : وقف الفضولى باطل سواء أجازه المالك بعد ام لا ، قال بهذا المالكية علي المشهور[2] والحنابلة[3] والشافعى فى الجديد[4] .

الثانى : وقف الفضولى صحيح غير أنه يكون موقوفا على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل ، قال بهذا الحنفية[5] وهو قول عند المالكية[6] ورواية عن أحمد [7].

الأدلة

- استدل أصحاب القول الأول بما استدلوا به فى «حكم هبة الفضولى»[8] .

---

(١) الوقف لغة الحبس ، وفى الاصطلاح : حبس العين عن التصرف فيها بأى تصرف ناقل للملكية ، مع التصدق بمنفعتها على بعض الجهات أو الافرادة الوصية وأحكامها د/ أنور دبور ص٢٧١ ، قانون العدل والإنصاف لقدرى باشا : المادة الأولى .

(٢) الخرشى ٧/ ٧٩ ، حاشية الدسوقى ٤/ ٨٧ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٥/ ٤٣٣ ، القوانين الفقهية ص ٣٩٧ .

(٣) كشاف القناع ٤/ ٢٧٩ .

(٤) المجموع ٩/ ٢٥٩ .

(٥) البحر الرائق ٥/ ٢٠٣ ، أحكام الأوقاف للخصاف ص١٢٩ ، الاسعاف فى أحكام الأوقاف للطرابلسى ص ١٥ .

(٦) حاشية الدسوقى ٤/ ٨٨ ، الخرشى ٧/ ٩٧ .

(٧) الإنصاف ٧/ ١١ وما بعدها ، المقنع ٢/ ٣١٠ .

(٨) انظر : المطلب الأول من هذا المبحث .

● استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه بدليل المعقول :

أن الوقف كالبيع ، وأن الولاية بالنسبة لمن يقف مال الغير شرط فى النفاذ لا فى الانعقاد وعدم توفر شرط من شروط النفاذ يترتب عليه عدم نفاذ العقد أى وقفه على الإجازة لا عدم انعقاده ومن ثم فإن وقف مال الغير ينعقد موقوفا على الإجازة ممن يملكها [1].

وهو المختار لوجاهته وواقعيته إذ يساهم فى تيسير الانفاق فى وجوه البر ونواحى الخير وتلك مقاصد ومصالح شرعية معتبرة ، يضاف إلى ذلك : أن المالك له الخيرة فى الإمضاء أو الرد فكان القول يوقف العقد إذا صدر من الفضولى أولى من القول ببطلانه بالكلية [2].

---

(١) أحكام الأوقاف للخصافى ص ١٢٩ .

(٢) الوقف من الناحية الفقهية د. محمد سلام مدكور تحت عنوان : الوقف الصحيح الموقوف .

المبحث الثالث

الأحوال الشخصية [1] • وفيه مطلبان

المطلب الأول

عقد الزواج [2]

أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع [3].

ولا خلاف يعلم بين الفقهاء على أن الأصل فى العقد أن يتولاه شخصان أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه القبول .

وأن عقد الزواج يصح بعبارة الشخص الواحد[4] فيما لو كانت له وكالة.

• واختلفوا فى حكم إنكاح الفضولى من غير ولاية أو نيابة على أربعة

---

(١) يراد مجموعة القواعد والأحكام التى تنظم حياة الأسرة كالزواج والطلاق والرجعة والخلع والظهار والحضانة والنفقات والمواريث وغير ذلك .

(٢) النكاح لغة : لاضم والجمع والاختلاط : المصباح المنير مادة «نكح» .
اصطلاحاً : عرفه الحنفية بأنه : ضم وجمع مخصوص : الإختيار ٣/ ٨١ والمالكية بأنه : عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا: الشرح الصغير ٢/ ٣٥ .
والشافعية بأنه : عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته : الإقناع ٤/ ٣٠.
والحنابلة بأنه : عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج فى الجملة : الروض المربع ٢/ ٢٦٧ .

(٣) المغنى ٧/ ٣ .

(٤) كجد كل من الزوجين : البدائع ٣/ ١٣٣١ ، القوانين الفقهية ص٢٢٤ ، مغنى المحتاج ٣/ ١٦٣ ، المغنى ٦/ ٤٤٥ .

أقوال :

أحدها : إنكاح الفضولي باطل لا تؤثر فيه إجازة الولي ، قال بهذا الحنابلة[1] والشافعي في الجديد [2].

الثاني : إنكاح الفضولي صحيح لكنه يتوقف على إجازة الولي فإن أجازه نفذ ، وإن ردّه بطل ، قاله أحمد في رواية عنه[3] وأبو يوسف [4].

الثالث : إذا كان المتولي لطرف النكاح شخصاً واحداً فضوليا ، كان العقد باطلا سواء تكلم بكلام واحد أو كلامين[5] ، أما إذا لم يكن المتولي لطرفي النكاح فضوليا فيكون عقده موقوفاً على الإجازة سواء قبل فيه فضولي آخر أوأصيل أو وكيل ، قاله أبو حنيفة ومحمد بن الحسن [6].

الرابع : التفريق بين كون الولي مجبراً وبين كونه غير مجبر ، فإن كان الولي مجبراً لم يجز النكاح الواقع من الفضولي ولو أجازه الولي ، أما إذا لم يكن له الإجبار ، فإما أن تكون المرأة المزوّجة ذات قدر ، أو دنيئة ، فإن كانت ذات قدر ، فقال مالك : ما فخه بالبيّن ، ولكنه أحب إليّ ، وقال ابن القاسم: له إجازة ذلك ، وردّه ما لم يبن بها الزوج ، وقال بعض فقهاء المالكية: إن دخل بها الزوج ، وطال مكثه معها بمضى ثلاث سنين ، أو ولادة

---

(١) الإنصاف ٨/ ٦٧ ، المغنى ٧/ ٢٨ .

(٢) الأم ٥/ ١٢ ، المجموع ٩/ ٢٥٩ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٥ .

(٣) الإنصاف ٨/ ٦٧ ، المغنى ٧/ ٢٨ .

(٤) البدائع ٣/ ٣٣٤ وما بعدها ، مجمع الأنهر ١/ ٣٤٣ ، رد المحتار ٣/ ٩٧ .

(٥) مثال ذلك : إذا كان فضوليا بالنسبة لأحد الطرفين ، ولو كان أصيلاأو وكيلاً أو وليا عن الطرف الآخر ، ما دام قد تولى العقد عن الطرفين : رد المحتار ٣/ ٩٧ .

(٦) حاشية ابن عابدين ٣/ ٩٧ ، بدائع الصنائع ٣/ ١٣٣٤ وما بعدها ، المبسوط ٥/ ١٥ .

ولدين فأكثر ، لم يفسخ النكاح ، وإلا كان الولى مخيراً بين الفسخ والإمضاء، وإن كانت دنيئة ، فعندهم فى إنكاحه قولان : أحدهما : أن النكاح ماض مطلقا وهو المشهور فى المذهب ، والثانى : أنها كذات القدر الشريفة ، قاله المالكية على التفصيل المذكور [1].

• **توضيح** : علم مما سلف أن الفضولى فى عقد الزواج قد يمثل طرفا واحداً من طرفى العقد كأن يتولى العقد عن الزوج مع الزوجة أو وكيلها أو وليها مع فضولى آخر عنها ، أو أن يتولى العقد فضولى عن الزوجة مع الزوج أو وكيله أو وليه أو فضولى آخر عنه .

وقد يمثل الفضولى طرفى العقد كأن يكون من الجانبين ، أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب آخر ، أو فضوليا من جانب ووليا من جانب آخر أو فضوليا من جانب ووكيلا من جانب آخر .

وإذا علم هذا : ففى حالة ما إذا كان الفضولى يمثل طرفا واحداً من طرفى العقد ، فإن أبا وحنيفة محمد بن الحسن يريان أن العقد يكون منعقدا إلا أنه غير نافذ فلا تترتب عليه آثاره الشرعية فعلاً إلا بإجازة من أقام الفضولى نفسه مقامه فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل[2] وقريب من هذا ما رآه أحمد فى رواية عنه[3] وأبو يوسف[4] ، والمالكية فيما لو كان الولى غير مجبر وكانت المرآة دنيئة [5].

---

(١) الخرشى ٣/ ١٨٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، حاشية العدوى على كفاية الطالب الربانى ٢/ ٤٢ ، فتاوى عليش ١/ ٣٩٥ ، ٤٠١ .

(٢) مجمع الأنهر ١/ ١٧٩ ، الفتاوى الخانية ١/ ٣٩٤ ، الفتاوى الخيرية ١/ ٢٧ .

(٣) الإنصاف ٨/ ٦٧ .

(٤) رد المحتار ٣/ ٩٧ ، بدائع الصنائع ٣/ ١٣٣٤ .

(٥) الخرشى ٣/ ١٨٢ وما بعدها ، فتاوى عليش ١/ ٣٩٥ ، ٤٠١ .

ومستندهم : أن تصرف الفضولى لا يختلف عن التصرفات الآخرى التى يباشرها كما فى البيع والإجابرة ، فإنه تصح تصرفاته إذا أجازه المعقود له كما فى الوكالة [١].

● إذا كان الفضولى يمثل طرفى العقد كأن يكون فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب آخر ، أو فضوليا من جانب ووليا من جانب آخر ، أو فضوليا من جانب ووكيلا من جانب آخر :

فالعقد باطل غير منعقد عند أبى حنيفة ومحمد وزخر[٢] والشافعى فى الجديد[٣] والمالكية[٤] والحنابلة فى إحدى الروايتين [٥].

ومستندهم : أن الفضولى صار مُملكا ومملكا وهذا الا يجوز كما أن عبارة العاقد الواحد سوى الإيجاب والعقد لا تحصل حقيقته إلا بالايجاب والقبول فانتفى وجود العقد لعدم وجود القبول الذى هو ركن العقد [٦]_ بالاتفاق ـ ويمكنْ مناقشة ذلك ـ أى القول ببطلان العقد إذ تولاه واحد ـ بأن القول بانه لا يقيل أن يكون الشخص طالبا ومطلوبا ، مُملكا ومملكاً فى آن واحد بأنه ثبت بالسنة والأثر صحة أن يكون العاقد واحداً فمن ذلك :

١ ـ ما روى عن أنس بن مالك ـ رضى الله عنه ـ أن رسول الله ـ ﷺ ـ «أعتق صفية ـ رضى الله عنها ـ وتزوجها وجعل عتقها صداقها» [٧].

(١) بدائع الصنائع ١٥١/٥ ، الهداية ٤٢٨/٢ .
(٢) مجمع الأنهر ٢٧٩/١ .
(٣) المجموع ٢٥٩/٩ وما بعدها ، مغنى المحتاج ١٥/٢ .
(٤) الخرشى ١٨٢/٣ ، القوانين الفقهية ص٢٢٣ .
(٥) الانصاف ٦٧/٨ .
(٦) الهداية ٤٢٠/٢ ، مجمع الأنهر ٢٧٩/١ .
(٧) البخارى ـ كتاب النكاح رقم ١٣ ، صحيح مسلم كتاب النكاح باب ٨٥ .

وجه الدلالة : أن رسول الله - ﷺ - تزوج صفية - رضى الله عنها - من نفسه ، وهذا يدل على صحة تولى الواحد طرفى العقد .

٢ - ما روى عن عقبة بن عامر - رضى الله عنه - أن النبى - ﷺ - قال لرجل : «أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : «نعم » ، وقال للمرآة أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : «نعم» ، فزوج أحدهما صاحبه [١].

وجه الدلالة : دل الحديث على جواز تولى الشخص الواحد طرفى العقد .

٣ - ما روى عن عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - أنه قال لأم حكيم بنت قارظ «أتجعلين أمرك إلىّ» ؟ قالت : «نعم» ، قال : فقد تزوجتك»[٢].

وجه الدلالة : حواز تولى الواحد طرفى العقد .

ويمكن دفع المناقشة بأن هذه النصوص وما ماثلها إنما فى «الوكالة» ، وليس فيما نحن بصدده فكان ما ذكر خارجا عن محل النزاع .

المختار : وبعد عرض هذه الأقوال بأدلتها ومناقشتها فقد اتضح لى رجحان القول بصحة عقد الفضولى إذا كان يمثل طرفا واحداً فى العقد ولا ينفذ العقد ولا تترتب عليه آثار إلا إذا أجاز المعقود له ، أما إذا كان يمثل طرفى العقد فإنه لا يصح لعدم أمن المحاباة أو تحقيق منفعة ما له مما يؤدى إلى فقدان العقد مقاصده المعتبرة لطرفيه .

---

(١) سنن أبى داود كتاب النكاح باب ٣١ .

(٢) المرجع السابق .

المطلب الثانى
طلاق[1] الفضولى وخلعه[2]

أجمع الناس على جواز الطلاق [3]، وأجمعوا على أن جد الطلاق وهزله سواء[4] واختلفوا فى طلاق الفضولى هل يقع أم لا ؟

فالفقهاء الذين يقرون الفضالة يصح عندهم طلاق الفضولى وخلعه ، قياساً على ما سبق ، إذ كل عقد يقبل الإنابة يمكن أن يكون محلا للفضالة[5]، وحيث إن الفقه الإسلامى أقر النيابة فى الطلاق عن الزوج ، وفى الخلع لنفع الزوجة ، فإنه يمكن القول بأن الفضولى له ذلك ، ويكون طلاقه وخلعه موقوف على إجازة من له حق الإجازة [6].

بينما يمنع الفقهاء الذين لا يقرون بالفضالة وقوع عندهم طلاق الفضولى وخلعه لافتقار ذلك إلى نية وصدوره أصلا ممن يملكه ، والفضولى ليس من أهل ذلك .

والمختار : منع صحة طلاق الفضولى وخلعه حفاظا للأسر من الاضطراب والحياة الأسرية والزوجية من العبث لأن هذا الأمر يحتاط فيه فيما لا يحتاط فى غيره .

---

(١) الطلاق شرعاً حل قيد النكاح : المغنى ٧/ ٢٧٧ .

(٢) الخلع شرعاً : حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع وما فى معناه فى مقابل عوض تلتزم به المرأة : ابن عابدين ٢/ ٨٦ .

(٣) المغنى ٧/ ٢٧٧ .

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ٨٠ م ٤٠٦ .

(٥) المجموع ٩/ ٢٨٢ .

(٦) فتح القدير ٥/ ٣١١ وما بعدها ، الخرشى على خليل ٢/ ١٧٢ ، جامع الفضوليين ١/ ٣٠٩ ، المجموع ٩/ ٢١٢ ، المغنى ٦/ ٤٧٥ .

المبحث الرابع
عقود أخرى قولية • وفيه مطلبان
المطلب الأول
صلح[1] الفضولي

• اتفق المسلمون على جوازه على الإقرار [2].

• اتفق الفقهاء على جريان الصلح من الفضولي كجريانه ممن عليه الحق، واختلفوا في ضمن ذلك إلى أقوال وصور وشروط كثيرة خلاصتها :

• إذا صالح وهو فضولي ـ بلا وكالة ـ عن دعوى واقعة بين شخصين فيكون الصلح صحيحاً موقوفاً على إجازة المصالح عنه ، فإن أجاز يصح الصلح ويلزمه بدله ، وإن لم يجز يبطل الصلح وتبقى الدعوى على حال [3]، هذا بشرط أن لا يضمن الفضولي بدل الصلح ، أو يضيفه إلى ماله ، أو يشير إليه ، أو يسلمه إلى العاقد الآخر الذي تصالح معه على ذلك البدل ، ففي هذه الأحوال يكون المصالح متبوعا [4]، ولا خلاف بين الفقهاء ـ في الجملة ـ في ذلك [5].

---

(١) الصلح لغة : قطع المنازعة : المصباح ، لسان العرب : مادة «صلح» .
شرعاً : معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين : الروض المربع ٢/ ٢٢٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٢١ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٥٤٤ .

(٤) جامع الفصولين ١/ ٣١٠ وما بعدها .

(٥) انظر :
مراجع الحنفية : تحفة الفقهاء ٣/ ٤٣٢ ، البحر الرائق ٧/ ٢٥٩ ، مجمع الأنهر ٢/ ٣١٤ ، تبيين الحقائق ٥/ ٤٠ ، رد المحتار ٤/ ٤٧٧ ، الفتاوى الخانية ٣/ ٨٣ وما بعدها ، درر الحكام لعلي حيدر ٤/ ١٩ وما بعدها ، شرح المجلة للأتاسي ٤/ ٥٤٣ ، بدائع =

المطلب الثانى

إقراض الفضولى مال الغير

إذا قرض المستودع مال الوديعة دون إذن ، أو الشريك المضارب دون تفويض فهو فضولى فإن أجاز المودع صاحب المال أو الشريك مضى أو صح تصرفه ، وإن لم يجز ضمن الفضولى [1].

ولا خلاف يعلم بين الفقهاء فى هذا [2].

= الصنائع ٦/ ٥٢ ، الفتاوى البرازية ٦/ ٣٠ .

مراجع المالكية : المدونة ٤/ ٣٨٠ ، مواهب الجليل ٥/ ٨١ .

مراجع الشافعية : نهاية المحتاج ٤/ ٣٧٧ وما بعدها ، أسنى المطالب ٢/ ٢١٧ روضة الطالبين ٤/ ١٩٩ وما بعدها ، المهذب ١/ ٣٤٠ .

مراجع الحنابلة : شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٦٤ ، كشاف القناع ٣/ ٣٨٦ ، المغنى ٤/ ٥٣١، المبدع ٤/ ٢٨٧ .

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٩٢ .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود د . صبحى الحمصانى ١/ ٧١ .

المبحث الخامس

التصرفات الفعلية للفضولى

إذا قام الفضولى بتصرف فعلى كقبض الدين[١] ، ودفع الثمن ، واستلام البيع ، وأخذ رهن ... إلى غير ذلك من التصرفات الفعلية فهل تصح تلك التصرفات وتترتب عليها آثارها أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

أحدهما : تدخل الفضولى فى شؤون غيره الفعلية غير صحيح ، قال بهذا أبو حنيفة[٢] وبعض المالكية[٣] وبعض الشافعية[٤] والحنابلة [٥].

ومستندهم : القياس على الوكالة ، ذلك أن الفضالة لا تنتج آثارها إلا إذا أقرها صاحب الشأن ـ عدا بعض الحالات ـ والإجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه . فموضوع الإجازة هنا هو «عقد الفضولى» ، وقد تعرض الفقهاء للحديث عليها حين قاموا ببحث العقود المختلفة ـ كالبيع والإجارة ـ وليس موضوعها أو محلها التصرفات الفعلية [٦].

الثانى : الإجازة تلحق جميع التصرفات الفعلية كالقبض مثلا ، قال بهذا

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٤٥٣ .
(٢) جامع الفصولين ١/ ٢٣٧ .
(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢/ ١٩٩ .
(٤) المجموع ٩/ ٢٨٢ .
(٥) إعلام الموقعين ٤/ ٤١٦ .
(٦) الهداية ٥/ ٣١١ .

محمد بن الحسن[1] وبعض المالكية[2] وبعض الشافعية[3] وبعض الحنابلة [4].

ومستندهم : عدم التفرقة بين التصرفات القولية والفعلية للفضولى فكلاهما يمكن أن يصح بالإحارة من صاحب الشأن [5].

المختار : من وجهة نظرى ـ عدم التفرقة بين التصرفات القولية والفعلية للفضولى فحيث اشترط المجيزون فى التصرفات القولية الإذن صراحة من صاحب الشأن لتحقيق «الإيجاب والقبول» وهما من أركان أى عقد ، فإن هذه الإجازة متى صحت وقبلت فى القولية صحت فى الفعلية ، والقول والمعاطاة وما أشبه من أنماط الرضا والاختيار فإذا صدر من صاحب الشأن أصلا صحت المعاملة ـ قولية أو فعلية ـ وإذا صدر من غيره بلا إذن سابق أو وكالة ثم أجاز صحت كذلك .

---

(١) جامع الفصولين ١/ ٢٣٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١١٣ ، الدر المختار ٢/ ٥٥٩ .

(٢) المدونة ١٤/ ٥٤ ، الشرح الكبير ٢/ ١٩٩ .

(٣) المجموع ٩/ ٢٨٢ .

(٤) المغنى ٦/ ٣٧٢ .

(٥) درر الحكام ٢/ ٥٣١ وانظر :

نظرية الضمان للشيخ على الخفيف ص٢٩ ، العقد الموقوف د/ عبد الرازق فرج ص١١٣ .

الفصل الثانى

حكم الفضالة • وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الاول

الإجازة

معنى القول فى ذكر وسرد أنماط من تصرفات الفضولى «القولية والفعلية» حيث يقوم الفضولى بتصرف ليست له ولاية عليه ، وقد تعددت نظرة الفقهاء بين مجيز وبين غير مجيز ، من هنا تبرز نظريتان أو إتجاهين رئيسين أوردهما للتعرف على حكم الفضالة فى الفقه الإسلامى لكون أن ما يصدر من هذا الشخص الذى ليست له ولاية يسمى «فضولى» ، وأن فعلة يسمى «فضالة» .

• إتجاه توقف تصرف الفضولى على الإجازة

أصحاب هذا الإتجاه يرون أن تصرفات الفضولى لا تعتبر باطلة من الأصل ، بل متوقفة على رضاء صاحب الحق ، أو على إجازته ، بمعنى أنه إذا علم صاحب «الحق» أو «الشأن» بالتصرف الذى أجراه الفضولى وأقره صار هذا التصرف صحيحاً ونافذاً ، وإذا لم يجزه نسخ التصرف واعتبر كأن لم يكن ، وعلى هذا يسمى تصرفه - أى الفضولى - موقوفا لارتباط الصحة أو عدمها على الإجازة .

إذا علم هذا : فأتناول ما سلف فى المطلبين التاليين :

المطلب الأول

شروط الإجازة

بالإستقراء فى الفقه الإسلامى لاسيما فيمن قال بإجازة تصرف الفضولى

إذا ما اقره صاحب الشأن وجد **أن أهمها** ما يلى :

١ ـ صدور الإجازة ممن يملك إنشاء العقد بالأصالة أو النيابة ، فإن صدرت عن غيرهما بطلت ويتصور هذا فيما لو صدرت من غير ولى المحجور عليه أو من فضولى آخر .

٢ ـ صدور الإجازة حال حياة : صاحب الحق أو الشأن ، فلو مات أحد طرفى العقد الذى مثله الفضولى ـ دون ولاية منه ـ ثم أجاز الطرف الثانى أو أجنبى لم يصح لصدور إيجاب فقط دون قبول أو عكسه وهذا مُخِلّ بركن أساسى من أركان العقد .

٣ ـ صدور الإجازة حال حياة الفضولى ، لأنه بالإجازة سينقلب وكيلا خاصة فى عقود المعاوضات كالبيوع لرجوعها من جهة الحقوق الى الوكيل (١).

٤ ـ عدم هلاك أو تلف (المعقود عليه) لتظهر فيه أثر الإجازة (٢).

٥ ـ ألا يجد التصرف نفاذاً على الفضولى نفسه ، فإن وجد نفاذاً عليه ولم يجزه من له الشأن يعتبر نافذاً على الفضولى ولا يتوقف ، فإذا اشترى الفضولى عينا لآخر دون إعلان منه أنه يشتريها لحساب ذلك الغير ولم يرض به ذلك الغير كان الشراء له ولا يسأل أمام البائع غيره ، ومن الممكن إلزامه به باعتباره مشتريا لنفسه فينفذ العقد عليه ويلزم (٣).

٦ ـ أن يكون لذلك التصرف مجيز وقت إنشائه ، فإن لم يكن كذلك

---

(١) يراد بحقوق العقد : ما يترتب عليه من التزامات شرعية .

(٢) شرح فتح القدير ٧/ ٥٤ .

(٣) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ الخفيف ص١١ ، المدخل للدكتور عيسوى ص٤٨٤ .

وقع التصرف باطلا من أول الأمر ، ومثال ذلك :

أن يبيع عقاراً بمثل القيمة ، فإن للمالك الرشيد ولولى الصغير إجازة ذلك العقد لأنهما يملكان إنشاء هذا البيع ، أما إذا باع عقاراً صغيراً بغبن فاحش، أو طلق زوجته أو وهب ماله كان التصرف باطلا فلا تصححه إجازة، ذلك لأن هذا التصرف ليس له مجيز وقت إنشائه ، لأن إجازته إما أن تكون من الصغير ، والصغير ليس أهلاً لإنشائه فى ذلك الوقت لصغره وإما أن تكون من وليه ، وأيضا هو لا يملكه ، لأنه تصرف ضار بالصغير فلذلك يصدر باطلا، حتى لو بلغ الصبى بعد ذلك لم يكن له إجازته ، وإن امكنه حينئذ أن يتولاه ، لأنه لم يكن له مجيز وقت إصداره ، فيصدر باطلا ، والباطل لا تلحقه إجازة[1].

● تلك اهم الشروط التى يجب توافرها لامضاء عقد الفضولى الموقوف حتى يصير نافذا .

(١) المرجعان السابقان ، بدائع الصنائع ١٤٩/٥ ، جامع الفصولين ٢٢٣/١ ، مختصر الطحاوى ص٨٧ ، المجموع ٢٨٢/٩ .

المطلب الثانى
أدلة الإجازة

● ذهب الحنيفة[١] وجمهور المالكية[٢] وقول للشافعى فى القديم[٣] ، وقول لأحمد[٤] ومن وافقهم من الشيعة الإمامية[٥] والزيدية[٦] والإباضية[٧] وإسحاق بن راهوية[٨] إلى القول بأن عقد الفضولى موقوف على إجازة صاحب الشأن [٩].

التوضيح : يرى هؤلاء أن الملكية أو الولاية من شروط (النفاذ) لا من شروط (الانعقاد) وعليه :

فتصرف الفضولى **منعقدة** إلا أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن .

● وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من انعقاد عقد الفضولى وعدم نفاذه إلا بالإجازة بدليل الكتاب والسنة والمعقول :

أولاً : دليل الكتاب : أ ـ قوله ـ تعالى ـ «وأحل الله البيع» [١٠].

---

(١) فتح القدير ٥/٣٩ ، المبسوط ١٢/١٥٣ ، بدائع الصنائع ٥/١٤٨ ، البحر الرائق ٦/١٦٠.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٤١ ، الشرح الكبير ٣/١٢ ، الفروق ٣/٢٤٢ .

(٣) المجموع ٩/٢١٢ ، مغنى المحتاج ٢/١٥ ، حاشية البيجرمى ٢/١٨٧ .

(٤) المغنى ٤/٢٠٥ وما بعدها .

(٥) مفتاح الكرامة ٤/١٨٤ .

(٦) المنتزع المختار ٣/٤١ .

(٧) النيل وشفاء العليل ٤/١٣٦ .

(٨) المجموع ٩/٢٨٥ .

(٩) أى صاحب الحق الذى قام الفضولى بهذا التصرف له .

(١٠) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

ب ـ قوله ـ تعالى ـ ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (١) .

جـ ـ قوله ـ تعالى ـ ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله ﴾ (٢).

وجه الدلالة : هذه الآيات عامة لم يستثن منها أن يكون العاقد فضوليا، فالله تعالى شرعّ أعمال التجارة وإبتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا كان المالك أصيلا أو غيره ، فيجب العمل بعمومها إلا ما خُصّ بدليل ولا مخصص(٣).

د ـ قوله ـ تعالى ـ ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ (٤).

وجه الدلالة : تصرف الفضولى يعد من قبيل التعاون على البر لأنه ما تصرف إلا لمصلحة أخيه ، وما سارع من غير إذنه الصريح إلا خشية فوات المصلحة ، وعلى هذا يكون تصرفه مشروعاً (٥).

ثانياً : السنة النبوية :

حديث عروة البارقى : «أن رسول الله ـ ﷺ ـ دفع إليه ديناراً ليشترى له شاة فاشترى شاتين ، باع أحدهما بدينار وجاء بالاخرى وبالدينار إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال له : «بارك الله فى صفقة يمينك» (٦).

---

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٢) الآية ١٠ من سورة الجمعة .

(٣) بدائع الصنائع ١٤٨/٥ وما بعدها .

(٤) الآية ٢ من سورة المائدة .

(٥) بدائع الصنائع ١٤٨/٥ وما بعدها ، الفروق ٢٤٣/٣ ، المجموع ٢٨٥/٩ .

(٦) سبق تخريجه .

وجه الدلالة : أن تصرف عروة ـ رضى الله عنه ـ تصرف دون أمر رسول الله ـ ﷺ ـ (ببيع الشاة المشتراة والتربح وشراء شاة أخرى) فدل على صحة التصرف إبتداد ، بدليل إقرار رسول الله ـ ﷺ ـ له ، فدل أنه أى التصرف يكون صحيحاً ينتج آثاره بالإقرار أو الإجازة ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ، ولأن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد ولا ينفذ إلا بالإجازة [١] .

ثالثاً : دليل المعقول بوجوه منها :

أ ـ الفضولى كامل الأهلية ، وإعمال عقده أولى من إهماله ، وربما كان فى العقد مصلحة للمالك ، وليس فيه ضرر بأحد ، لأن المالك له ألا يجيز العقد إن لم يجد فيه فائدته [٢].

٢ ـ يقاس تصرف الفضولى على وصية المدين بدين مستغرق وبأكثر من الثلث ، وكبيع المرهون ، وكالعقد المشروط فيه الخيار ، وحيث إن هذه التصرفات تنعقد موقوفة لا حكم لها فى الحال بل يتراخى الحكم فيها إلى حين الإجازة أو الرد ، فكذلك تصرف الفضولى ينعقد موقوفا على إجازة صاحب الشأن [٣].

جـ ـ أن تصرف الفضولى قد استوفى أركان التصرف الصحيح ، فمحل العقد فيه شروطه الشرعية ، والعاقدان عبرا تعبيرا صحيحاً عن إرادتهما ثم تلاقت هاتان الإرادتان ، فالعقد وقع صحيحاً ، إلا أنه موقوف لاحتمال عدم

(١) تبيين الحقائق ٤/ ١٠٣ ، فتح القدير ٥/ ٣٠٩ ، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢ العناية ٥/ ٢١٦.
(٢) فتح القدير ٥/ ٣١٠ ، الفروق ٣/ ٢٤٤ .
(٣) الفقه الاسلامى وأدلته د. الزحيلى ٤/ ٣٧٥ .

رضا صاحب الشأن ، فإذا أجاز زال الوقف وترتبت عليه آثاره (١).

د ـ الأصل فى التصرفات الشرعية الصحة لا البطلان ، واللائق بحال المسلم إيقاع تصرفاته على الوجه الجائز دون محظور ترجيحاً لجانب الصحة ما أمكن ، ولهذا فإن ثبوت انعقاد تصرف الفضولى موقوفا على الإجازة يتحقق به المصلحة لكل من العاقدين الأصليين ، ولا ضرر على أحد ، ولا يوجد مانع شرعى لهذا التصرف ، بل وجد المقتضى لثبوته وانتفى المانع فيدخل ثبوته فى العمومات التى توجب رعاية المصالح ودفع المضار ، والقول بانعقاد تصرف الفضولى موقوفا على الإجازة فيه رعاية للمصلحة (٢).

هـ ـ أن القول بعدم بطلان تصرف الفضولى وانعقاد عقده ووقفه على الإجازة من قبل صاحب الشأن يعتبر من قبيل التعاون على البر ، ومن قبيل التسامح والتيسير على الناس فى المعاملات ورفع الحرج والضيق عنهم (٣).

• وبناء على ما ذكر من أدلة :

أن تصرفات الفضولى صحيحة لأنها صادرة من له الصلاحية فتنعقد ولا تبطل ، ولكن يمتنع نفاذها شرعاً لمانع عدم الوكالة أو الإذن ، فتتوقف على زوال ذلك المانع ، وبالإجازة يزول هذا المانع (٤).

---

(١) المبسوط ١٣/ ١٥٤ ، الفروق ٣/ ٢٣٢ .

(٢) المبسوط ١٣/ ١٥٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨ وما بعدها ، فتح القدير ٥/ ٣١٠ ، الملكية ونظرية العقد للشيخ أبى زهرة ص٣٩٧ وما بعدها .

(٤) البحر الرائق ٦/ ٢٨١ ، رد المحتار ٤/ ١٠٤ .

المبحث الثانى

إتجاه البطلان

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أن الملكية والولاية شرط من شروط الإنعقاد ، لأن المتصرف ما لم يكن مالكاً للتصرف ولا ولاية له عليه لم يوجد العقد أصلا فيكون باطلا ولا يترتب عليه شئ من الأحكام [(١)].

والذين قالوا بهذا بعض المالكية[(٢)] والشافعى فى الجديد[(٣)] واحمد فى رواية[(٤)] والظاهرية[(٥)] ومن وافقوهم كأبى ثور وابن المنذر [(٦)].

● وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بدليل الكتاب والسنة والمعقول :

أولاً : دليل الكتاب : أ ـ قوله ـ تعالى ـ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [(٧)].

وجه الدلالة : التصرف الذى أوقعه الفضولى يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل ، لأنه لم يقترن به رضاء صاحب الشأن ، والتصرف باطل ، وعلى فرض حصول إجازة لاحقة فإنها لا تصحح تصرفاً باطلا .

---

(١) البدائع ٥/١٤٨ .

(٢) الفروق ٣/٢٤٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٣/٢٣ وما بعدها ، المهذب ١/٢٦١ ، الوجيز ١/١٦١ ، الاشباه للسيوطى ٤٧٧ .

(٤) المغنى ٤/٢٠٥ وما بعدها .

(٥) المحلى ٨/٣٤٣ .

(٦) المجموع ٩/٢٨٥ .

(٧) الآية ٢٩ من سورة النساء .

ب ـ قوله ـ تعالى ـ ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾ [١].

وجه الدلالة : دل على أن الفضولى لا يستطيع أن يملك المشترى المعقود عليه ولا أن يملك البائع الثمن [٢].

ثانياً : دليل السنة النبوية : أ ـ ما روى عن حكيم بن حزام ـ رضى الله عنه ـ قال : سألت رسول الله ـ ﷺ ـ فقلت : يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه ؟ قال : «لاتبع ما ليس عندك»[٣].

وجه الدلالة : نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن بيع الشئ غير المملوك للبائع وأن بيعه يعتبر باطلاً لأنه تصرف صدر فيه نهى من الشارع الحكيم والنهى ـ هنا ـ يقتضى البطلان .[٤] فدل على بطلان تصرفات الفضولى .

ب ـ ما روى عن عمرو بن شعيب ـ رضى الله عنه ـ يسنده أن النبى ـ ﷺ ـ قال : «لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك[٥] .

وجه الدلالة : أن تصرفات الشخص فيما لا يملكه باطلة لأنها فاقدة للشرط وهو القدرة على التسليم وللسبب فلأن جواز التصرف فى العقود وحلول الملك وهو سبب وعلة له [٦].

---

(١) الآية ١٦٤ من سورة الانعام .

(٢) المحلى ٨/ ٤٣٥ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) المجموع ٩/ ٢٨٦ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) مفتاح الكرامة ٤/ ٩٨٥ .

ثالثاً : دليل المعقول بوجوه منها :

أ ـ الولاية على إصدار التصرف شرط لوجود العقد شرعا كالأهلية ، وهذه الولاية إنما تكون بالملك أو الإذن من المالك ، والفضولى ليس مالكاً لما يتصرف فيه ولا مأذونا بالتصرف من المالك فلا يكون لتصرفه وجود فى نظر الشرع ولا يترتب عليه شئ من الآثار [1].

ب ـ الحكم لا ينفصل عن سببه ، فلا معنى للعقد إلا كونه مفيداً للحكم الذى وضع له ، فإذا امتنع إفادته للحكم كان باطلا أو غير منعقد ، فمثلا البيع مزيل للملك ، وولاية زوال الملك يكون صدورها عن المالك ، ولا ملك للفضولى فاستحال انعقاد السبب .

جـ ـ أن الفضولى الذى يتصرف من غير ولاية فيما لا يملك ليست عنده القدرة الشرعية التى يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد فكان حاله كحال من يبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء والعبد الآبق والبعير الشارد من كل مما هو ليس مقدور على تسليمه ، وهو باطل اتفاقا ، فكذلك تصرفات الفضولى من غير ولاية باطلة [2].

---

(١) المجموع ٩/٢٦٢ ، المحلى ٨/٤٣٧ .

(٢) المجموع ٩/٢٨٦ ، مختصر المزنى ٢/٢٠٤ ، شرح الأنصارى على متن البهجة ٢/٤٠٦ .

المبحث الثالث

الموازنة بين الإتجاهين

عرضت إتجاه الإجازة والبطلان فيما يتعلق بتصرفات الفضولى الذى يمكننا من التوصل إلى «حكم الفضالة» وقد علل أصحاب كل إتجاه وجهة نظرهم وسردوا الأدلة المتعددة .

وإذا كان من موازنة بين إتجاهى الإجازة الذى يترتب عليه القول بالصحة والبطلان الذى يترتب عليه القول بعدم الصحة فيجب إيراد الأسس التى استند إليها القائلون بالإجازة والبطلان ومناقشة الأدلة لكل .

أولاً : أسس الإجازة [1]: عرفنا فيما مضى أن أصحاب هذا الإتجاه

---

(١) الإجازة : أ ـ لغة : انفاذ التصرف وإمضاؤه وجعله جائزاً نافذاً ، يقال : أجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً : المعجمات اللغوية مادة «جوز» .

إصطلاحاً : تصرف إنفرادى يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف موقوف النفاذ فى حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وانتاجه كافة آثاره بأثر رجعى أو بأثر حسب طبيعة التصرف الموقوف :

بدائع الصنائع ١٤٩/٥ وما بعدها ، فتح القدير ٣١١/٥ .

- من له الحق فى الإجازة ؟

صاحب الشأن نفسه الذى يملك مباشرة التصرف الموقوف .

- بم تتحقق الإجازة ؟

باللفظ الصريح إتفاقا ، وبالضمنى وفق الحالة والعرف ، والإشارة الواضحة والكتابة المرسومة والمستبينة ، والفعل الصريح ، والسكوت المقترن بقرينة دالة على الرضا : تحفة الفقهاء ٢٥٥/٢ ، البحر الرائق ٢٣١/١ ، جامع الفضولين ٢٣١/١ مواهب الجليل ٢٢٩/٤ ، مغنى المحتاج ١١/٣ ، المغنى ٥٦٦/٣ ، ابن عابدين ١٢/٤ ، إعلام الموقعين ٢١٨/١ ، الأشباه لابن نجيم ٧٨ وما بعدها ، للسيوطى ٩٧ .

يجعلون تصرفات الفضولى صحيحة بمعنى أن العقد ينعقد لكنه لا ينفذ إلا بإجازة صاحب الشأن فيجعلون هذا التصرف من العقود الصحيحة إبتداء لاستيفاء أركانها إلا أنها موقوفة ، فإن أجازها جازت ونفذت ، وإلا بطلت ، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة .

ثانياً : أسس البطلان : بطلان تصرف الفضولى يستند إلى أساس شرعى وهو إنعدام ركن أساسى من أركان العقد وهو الرضا الذى لا يوجد شرعا إلا بتلاقى إرادتين ينتج عنهما أثر شرعى كذلك أساس أخلاقى سلوكى وهو عدم جواز التدخل فى شئون الغير دون إذن شرعى .

وعلى هذا فالفضولى ليست له أهلية أداء تجعله له حق مباشرة العقد يضاف إلى ما سلف عدم ملكيته للمعقود عليه وقت العقد يجعل القول ببطلان التصرف وعدم تأثير الإجازة لأنها لم تصادف عقداً قائماً موقوفا تجعله صحيحاً نافذا .

ثالثاً : مناقشة الأدلة : يناقش أصحاب القول بالبطلان بما يلى :

١ ـ مناقشة دليل الكتاب : أ ـ القول بأن تصرف الفضولى يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل غير مسلّم لأنه تصرفه لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة، وقبل ذلك يكون موقوفا ، فلا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل فلا محل لما استدلوا به .

ب ـ القول بأن الفضولى ـ فى عقود المعاوضات ـ لا يستطيع أن يملك المشترى المبيع ولا أن يملك البائع الثمن ، غير سديد لأن المالك هو الذى يلزم نفسه بالإجازة وقبلها لا ينتج أى أثر .

٢ ـ مناقشة دليل السنة : أ ـ النهى فى قوله ـ ﷺ ـ «لاتبع ما ليس

عندك» خاص ببيع المعدوم ، كذلك فالمراد هو أن يبيع الشخص شيئاً ليس عنده ثم يشتريه ثم يسلمه بحكم البيع السابق على دخوله فى ملكه وهذا باطل لأن «الحادث يثبت مقصوراً على الحال ولا يسبق حكمه سببه» (١).

وعلى هذا فالحديث خاص ببيع المعدوم ، وليس معناه - كما يدعون - لاتبع ما ليس لك ولاية عليه حتى يدخل فيه «الفضولى» فيكون ما ذكروه خارجاً عن محل النزاع (٢).

ب - النفى الوارد فى الحديث «ولا بيع إلا فيما يملك» ورد على تصرفات تنتج آثارها فى الحال ، أما تصرفات الفضولى - كما هو معلوم - لا تنتج آثارها إلا بعد الإجازة .

٣ - مناقشة دليل المعقول : أ - القول بأن الولاية على إصدار التصرف... الخ ، والحكم لا ينفصل عن سببه ... الخ :

يمكن الإجابة بما يلى :

● الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد ، وتخلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد على الإجازة ممن يملكها شرعا لا أن يقال ببطلانه (٣).

● أن الحكم إذا تأخر عن السبب لا يجعله لغواً ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه - كما فى بيع الخيار - ينعقد فيه السبب بالإيجاب والقبول ويتراخى الحكم إلى وقت الإجازة ، وإجازة صاحب الشأن تجعل (المعقود عليه) مملوكا للمشترى - مثلا - من وقت العقد ، وإن رد فلا ضير عليه

---

(١) فتح القدير ٥/٣٠٩ .

(٢) المدخل للدكتور مدكور ص٦٢٥ ، والدكتور عيسوى ص٤٨٣ ، الملكية للشيخ أبى زهرة ص٣٩٦ .

(٣) البحر الرائق ٥/٢٨١ .

إذ مال المالك محفوظ . له [١].

ب ـ القول بأنّ الفضولى الذى يتصرف من غير ولاية فيما لا يملك ليست عنده القدرة الشرعية التى بها ينفذ العقد كمن يبيع غير المقدور على تسليمه ، قياس مع الفارق لأنّ بيع غير المقدور على تسليمه باطل لانعدام محل العقد أما تصرفات الفضولى فيما لا يملك من غير ولاية فمحله شئ موجود ، ولما كان هذا المحل مملوكا لغير المتصرف ـ وهو الفضولى ـ توقفت آثار العقد على إجازة المالك الحقيقى [٢].

المختار : بمناقشة أدلة أصحاب إتجاه البطلان مطلقا فقد اتضح رجحان قول أصحاب إتجاه القول بالإجازة أى وقوع العقد موقوفا على إجازة صاحب الشأن لما يلى :

أ ـ قوة ما استدلوا به وسلامته عن المعارض .

ب ـ تحقيقه مصالح شرعية معتبرة منها :

● أن تصرف الفضولى قد يكون فى حالات غير قليل من مصلحة أحد الطرفين أو كليهما معا ، وهذا أمر يحدث فعلا فى الحياة العملية ، فمن الخير لهذا القول بانعقاده موقوفا على إجازة من له الإجازة [٣].

● القول بالإجازة فيه التيسير على الناس فى معاملاتهم وتحقيق مصالحهم وإعانة لبعضهم البعض دون ضرر يلحق بأحد المتعاقدين ، والقول يوقف تصرفات الفضولى يتفق تماما مع مبدأ «الرضائية» فلا يخرج شئ من ملك الشخص جبراً عنه أو دون إجازته [٤].

(١) المبسوط ١٣/١٥٤ وما بعدها .

(٢) فتح القدير ٥/٣٠٩ وما بعدها .

(٣) الفقه الإسلامى مدخل لدراسته د/ محمد يوسف موسى ص٤١٧ فقره ٥٧٥ .

(٤) العقد الموقوف د/ محمد زكى عبد البر ص١٣ ، المدخل د/ مدكور ص٦٢٥ وما بعدها ، المدخل د. الحسينى ص٤١٥ وما بعدها .

الفصل الثالث

آثار الفضالة • وفيه مبحثان

المبحث الأول

آثار الفضالة قبل الإجازة وبعدها

سلف أن بيَّنا رجحان إتجاه توقف تصرف الفضولى على إجازة صاحب الشأن أو الحق ، فإن هذه الإجازة لها أثران :

أحدهما : فى بيع الفضولى : وذلك أنها تجعله نافذاً بعد أن كان موقوفا ، والنفاذ يكون من وقت انعقاد العقد ـ خاصة فى عقود المعاوضات التى لا تقبل التعليق على شرط غالبا ـ أى أن للإجازة أثر رجعى ، لذا فالمشترى يملك زوائد المبيع من وقت انعقاد النقد وعليه مصاريفه وتكلفته(١)، (٢).

الثانى : فى الفضولى نفسه : فإنها تجعله وكيلا بذاك التصرف قبل إنشائه ، وكأن المجيز قد وكله فيه قبل مباشرته ، ولهذا يقول الفقهاء : «إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» (٣)، وعليه تأخذ هذه الإجازة ما للوكالة من أحكام .

إذا علم هذا : فإنه قبل صدور الإجازة ممن يملكها شرعا لا يظهر أى أثر للعقد ، ويكون العقد موقوفاً على الإجازة فإذا كان بيعاً لملك الغير لم يترتب

---

(١) البحر الرائق ٦/ ٢٦٥ .

(٢) يكثر الفقهاء من ذكر «البيع» كمثال على تصرفات «الفضولى» .

(٣) حاشية ابن القاسم ٤/ ٣٤٢ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٥ .

عليه نقل الملكية إلى المشترى ونفس الشئ للهبة والوقف والصلح كذلك لو كان نكاحا أو غير ذلك من شتى وسائر العقود لا يترتب أى أثر من تبادل العين أو المنفعة بين طرفى العقد لعدم نفاذه .

أما بعد الإجازة : فإن الفقهاء مع اتفاقهم على أن الإجازة تصرف إرادى من جانب واحد فلا حاجة لاتصال قبول بها ولا يمكن الرجوع فيها ـ غالبا ـ[1].

إلا أن الفقهاء اختلفوا فى طبيعة التصرف «بعد الإجازة» : هل هو تصرف منشئ ؟ أم هو تصرف كاشف ؟

● **وسبب الخلاف :** القاعدة الفقهية «الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى «الإبتداء» و «الإجازة» اللاحقة كالوكالة السابقة » [2].

فلو طبقت القاعدة على إطلاقها لأدى إلى أن التصرف «كاشف» إلا أن بعض التصرفات لا تتيح آثارها فى الحال فيكون التصرف «منشئاً» .

ذهب الحنيفة : الى أن بعض التصرفات التى يباشرها الفضولى تتيح آثارها من وقف العقد ، ويظهر ذلك فى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، وبعضها تتيح آثارها من وقف الإجازة .

التوضيح : الإجازة كاشفة من وجه ، وإنشاء من وجه آخر [3].

● **مستندهم** أن ما يصدر عن الفضولى إن صح تعليقه بشرط يقتصر على وقف إجازته من صاحب الشأن ، لأنه معلق فى المعنى على حصول

(١) احترازاً مما شرط فيه الرجوع كالخيار .
(٢) مغنى المحتاج ٢/ ١٥ ، حاشية ابن القاسم ٤/ ٣٤٢ .
(٣) بدائع الصنائع ٥/ ٢٦٤ .

الإجازة ، فكان حكمه حكم المعلق صريحاً من ناحية وقوعه عند تحقق الشرط وذلك : **كالطلاق والعتق** .

وان ما لا يصح تعليقه بشرط إن صدر عن الفضولى يستند فى وقت إنشائه إذا ما أجازه صاحب الشأن .

وتطبيقاً لذلك : أ ـ طلاق الفضولى وعتقه ينفذ كل منهما بأثر حال من وقت الإجازة ، ولا يكون له أى أثر فيما بين إنشاء التصرف وتحقق الإجازة ، لأن هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط ، فكأنها معلقة على شرط تحقق الإجازة ، ويبدأ وجودها من وقت الإجازة .

- أما فى عقود المعاوضات فتنتج آثارها بأثر رجعى من وقت إنشاء العقد، فيكون المعقود عليه متبادلاً بين طرفى العقد لعدم صحة تعليقه بالشرط بمعنى أن هذا التصرف تحقق كاملا من وقت انعقاده [١].

- وقريب من هذا ما ذكره المالكية إلا انهم لم يضعوا ضابطا للتفرقة بين كون الإجازة «كاشفة» أو «منشئة» [٢].

- ومثل هذا ما قاله بعض الشافعية ركونا إلى القول القديم [٣].

- أما الحنابلة ـ فى الصور التى يرونها موقوفة على الإجازة [٤]ـ فإنهم

---

(١) البحر الرائق ٦/ ١٦٥ ، الفتاوى الهندية ٣/ ١١٢ .

(٢) نص المالكية على ذلك صراحة مثل «طلاق الفضولى متوقف على إجازة الزوج كبيعه، إلا أن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع» : شرح الخرشى ٤/ ١٢ ، الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٢ .

(٣) فتح العزيز ٨/ ١٢٣ ، المجموع ٩/ ٢٨٤ .

(٤) الإنصاف ٤/ ٢٨٥ : وسبق ذكرها فى «تصرفات الفضولى» .

يرون أن الإجازة كاشفة فتتيح آثارها من وقت العقد [1].

والمختار : ما يراه الحنيفة لاتساقه واتفاقه مع القاعدتين الفقهيتين [2] من جعل التصرف فى كل عقد حسب طبيعته من :

قبول الأثر الرجعى فتكون الإجازة «كاشفة» .

عدم قبول الأثر الرجعى فتكون الإجازة «منشئة» .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) سبق ذكرهما في «سبب الخلاف» .

المبحث الثانى

رفض الإجازة وآثارها

مضى القول فى بيان حكم الفضالة وآثارها قبل الإجازة وبعدها ، من أن التصرف «الموقوف» لا ينفذ وتترتب عليه الآثار «الكاشفة» أو «المنشئة» إلا بالإجازة .

بقى القول فى حالة إذا حدث «رفض الإجازة» والآثار المترتبة عليه .يجدر بنا التعرف بادئ ذى بدئ على كيفية صدور الرفض للإجازة ، ليمكننا التوصل إلى «الآثار» وذلك فيما يلى :

أولاً : كيفية صدور الرفض :

يكون ذلك برد التصرف الموقوف ممن له الحق شرعا بالأصالة أو النيابة رداً صريحا واضحا بأى طريق من طرق التعبير يدل على عدم الرضا .

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء [١].

ثانياً : طبيعة الرفض :

اختلف الفقهاء فى «طبيعة الرفض لتصرف الفضولى» هل يوصف «بالبطلان» أو «الفسخ» أو «الرد» أو «الإلغاء» وذلك على أقوال :

الأول : القول بالبطلان ، قاله بعض الحنيفة[٢] والحنابلة [٣].

---

(١) الدر المختار ١٤٨/٤ .

(٢) المبسوط ٦٥/١١ ، البدائع ١٤٨/٥ .

(٣) المغنى ٢٠٥/٤ ، ٢٩٦ .

الثانى : القول بالفسخ ، قاله بعض الحنيفة[1] والمالكية [2].

الثالث : بالإلغاء ، قاله بعض الشافعية [3].

الرابع : ردّ العقد ، قاله مالك [4].

● وأكثر الاقوال شيوعا فى استعمال الفقهاء «البطلان» و «الفسخ» : فالفقهاء الذين يرون هذا التصرف فاقداً لشروط الصحة للإنعقاد أو النفاذ قالوا بالبطلان أى عدم الوجود الشرعى أصلا لهذا التصرف .

والذين لاحظوا أنه لا محل له قالوا بالفسخ .

وأيا كان الأمر «بطلان» أو «فسخ» فإن ما يهمنا معرفة الآثار المترتبة ـ على حسب ما يقتضيه المقام ـ وذلك فيما يلى :

ثانياً : آثار الرفض :

أ ـ بالنسبة للطرفين الأصليين يكون العقد مفسوخا للخلل الذى أصاب (محل العقد) وهو (إنعدامه شرعا) .

ب ـ بالنسبة لصاحب الشأن فالعقد غير موجود بالنسبة له ، ولا التزام أو حق عليه .

جـ ـ بالنسبة للفضولى إن كان (محل العقد) ليس بيده ، بل بيد صاحب الشأن ، فلا التزام عليه .

---

(١) البحر الرائق ٦/١٦١ ، الهداية وفتح القدير ٥/٣٠٩ .

(٢) المدونة ٤/٣٨ ، ٥٦ .

(٣) المجموع ٩/٢٨٢ .

(٤) المدونة ٤/٣٨ ، شرح الخرشى ٥/١٨ .

وإن كان محل العقد بيده فإن كانت يده يد (أمانة) وهلك المعقود عليه فلا يضمن [١].

وإن كانت يده يد (ضمان) وهلك المعقود عليه فيضمن [٢].

● وإن كان محل العقد بيده ولم يهلك ولم يتلف فالمالك يسترده سواء من الفضولى أو من الطرف الآخر [٣].

وهناك صور وتفريعات ينبو المقام عن استقصائها [٤].

---

(١) كالوديعة .

(٢) كالمغصوب .

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٦٦ .

(٤) منها ما يتعلق بالعين أو «الأرش ـ التعويض» والثمن ، والهلاك والتلف بيد الفضولى أو بيد الطرف الآخر ، ولمن أراد الرجوع إلى المراجع التالية :
مجمع الضمانات للبغدادى ص٧٤ ، المبسوط ١١/ ٥٦ ، بدائع الصنائع ٧/ ١٤٣ ، شرح الخرشى ٦/ ١٤٦ ، الشرح الكبير ٣/ ٤٥٧ ، الام ٣/ ٢٢٠ ، القواعد لابن رجب ص٢٢٦ ، الإنصاف ٦/ ١٧١ .

الخاتمـــة

وبعد :

فقد طوّفت حول أهم ما فى «الفضالة» من وجهة «الفقه الإسلامى المقارن» والتى تتصل بالحياة العملية للمكلفين لا سيما فى قسم له قدره وخطره من أقسام «الفقه» وهو «المعاملات» .

فما كان من صواب ـ وهو ما تصبوا إليه نفسى فالفضل لله ـ وحده ـ وإن كانت الأخرى فحسبى أنى بشر أخطئ وأصيب .

وآخر دعوانا «أن الحمد لله رب العالمين» وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه ومن اتبعه .

خادم الشريعة الإسلامية
الشيخ الدكتور / أحمد محمود كريمه
١٤١٩ هـ / ١٩٩٨م

النتائج

١ ـ التصرف شرعاً : ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج .

٢ ـ الفضالة إصطلاحاً : قيام شخص بتصرف فى ملك الغير أو لحسابه من غير أن يكون له ولاية هذا التصرف .

٣ ـ الفضولى إصطلاحاً : صدور تصرف ممن لا شأن له به وليس له ولاية إصداره .

٤ ـ يصح بيع الفضولى ويوقف على إجارة المالك ، كذا شراؤه ، وإجارته ، وهبته ، ووصيته ، ووقفه ، وصلحه ، وإقراضه وتصرفاته القوليه والفعلية سواء فى الصحة وهى موقوفة على الإجازة (×).

٥ ـ يصح عقد إنكاح الفضولى إذا كان يمثل طرفا واحدا ولا يصح إذا كان يمثل الطرفين معا .

٦ ـ لا يجوز طلاق الفضولى ولا خلعه .

٧ ـ يرجح إتجاه إجازة تصرفات الفضولى من صاحب الشأن أو ممن له الحق وفق شروط معتبرة ومتى حصلت الإجازة صار الفضولى وكيلا .

٨ ـ الإجازة على حسب طبيعة العقد إما ناشئة أو كاشفة .

٩ ـ إذا حدث رفض الإجازة بطل العقد وليس على المالك حق أو التزام.

١٠ ـ يسترد المالك المعقود عليه ممن هو بيده .

١١ ـ يضمن الفضولى إن كانت يده يد (ضمان) ولا يضمن إن كانت يده يد «أمانة» .

(×) تم جمع مسائل الصحة فى نتيجة واحده اختصاراً .

ثبت المراجع

١ ـ القرآن الكريم .

● **كتب التفسير :**

٣ ـ أحكام القرآن للجصاص .

٤ ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى .

● **كتب السنة النبوية :**

٥ ـ صحيح البخارى .

٦ ـ صحيح مسلم .

٧ ـ فتح البارى لابن حجر .

٨ ـ مسند أحمد .

٩ ـ نيل الأوطار للشوكانى .

● **الفقه الحنفى :**

١٠ ـ بدائع الصنائع للكاسانى .

١١ ـ جامع الفصولين .

١٢ ـ رد المحتار .

١٣ ـ فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام

● **الفقه المالكى :**

١٤ ـ بداية المجتهد لابن رشد .

١٥ ـ شرح الخرشى .

١٦ ـ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى .

١٧ ـ مواهب الجليل .

• الفقه الشافعى :

١٨ ـ المجموع للنووى .

١٩ ـ المهذب للشيرازى .

٢٠ ـ مغنى المحتاج للرملى .

• الفقه الحنبلى :

٢١ ـ إعلام الموقعين لابن القيم .

٢٢ ـ القواعد لابن رجب .

٢٣ ـ الإنصاف للمرداوى .

٢٤ ـ المغنى لابن قدامة .

• الفقه الظاهرى :

٢٥ ـ المحلى لابن حزم .

• مؤلفات فقهية معاصرة :

٢٦ ـ المدخل للفقه الإسلامى د . / محمد الحسينى حنفى .

٢٧ ـ المدخل للفقه الإسلامى د . / محمد سلام مدكور .

٢٨ ـ المدخل للفقه الإسلامى د . / محمد مصطفى شلبى .

٢٩ ـ مختصر المعاملات الشرعية الشيخ / على الخفيف .

٣٠ ـ العقد الموقوف د . / محمد زكى عبد البر .

الفهرســـت